Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2006 Vol. 1

1er cahier, 2006 Vol. 1

Cited as [2006] 1 S.C.R. 3-225

Renvoi [2006] 1 R.C.S. 3-225

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *v.* Alberta (Energy and Utilities Board) 140

Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Jurisdiction — Doctrine of jurisdiction by necessary implication — Natural gas public utility applying to Alberta Energy and Utilities Board to approve sale of buildings and land no longer required in supplying natural gas — Board approving sale subject to condition that portion of sale proceeds be allocated to ratepaying customers of utility — Whether Board had explicit or implicit jurisdiction to allocate proceeds of sale — If so, whether Board's decision to exercise discretion to protect public interest by allocating proceeds of utility asset sale to customers reasonable — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Alberta Energy and Utilities Board — Standard of review applicable to Board's jurisdiction to allocate proceeds from sale of public utility assets to ratepayers — Standard of review applicable to Board's decision to exercise discretion to allocate proceeds of sale — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

Canada (Human Rights Commission) *v.* Canadian Airlines International Ltd. 3

Human rights — Discriminatory practices — Equal wages — Definition of "establishment" — Federal human rights legislation making it discriminatory for employer to pay different wages for men and women performing work of equal value in same "establishment" — Whether flight attendants, pilots and mechanics of airline company in same establishment for purposes of wage comparisons — Whether employees subject to common personnel and wage policy — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

Statutes — Interpretation — Guidelines — Guidelines adopted to clarify interpretation of statute — Nature of relationship between guidelines and statute — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

Isidore Garon ltée *v.* Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. *v.* Syndicat national des employés de garage du Québec inc. 27

Labour relations — Grievances — Jurisdiction of arbitrator — Notice of termination — Incorporation of general law rules into collective agreement — Unionized

Continued on next page

SOMMAIRE

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *c.* Alberta (Energy and Utilities Board) 140

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Compétence — Doctrine de la compétence par déduction nécessaire — Demande présentée à l'Alberta Energy and Utilities Board par un service public de gaz naturel pour obtenir l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain ne servant plus à la fourniture de gaz naturel — Autorisation accordée à la condition qu'une partie du produit de la vente soit attribuée aux clients du service public — L'organisme avait-il le pouvoir exprès ou tacite d'attribuer le produit de la vente? — Dans l'affirmative, sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en attribuant aux clients une partie du produit de la vente était-elle raisonnable? — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Alberta Energy and Utilities Board — Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme concernant son pouvoir d'attribuer aux clients le produit de la vente des biens d'un service public — Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme d'exercer son pouvoir discrétionnaire en attribuant le produit de la vente — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

Canada (Commission des droits de la personne) *c.* Lignes aériennes Canadien International Ltée 3

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Définition de « établissement » — Selon la législation canadienne sur les droits de la personne, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même « établissement », des fonctions équivalentes — Les agents de bord, les pilotes et les mécaniciens de la compagnie aérienne appartiennent-ils au même établissement pour les comparaisons salariales? — Les employés sont-ils visés par la même politique en matière de personnel et de salaires? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

Législation — Interprétation — Ordonnances — Adoption de l'Ordonnance pour apporter des éclaircissements quant à l'interprétation de la loi — Nature de la relation entre les ordonnances et la loi — Loi canadienne

Suite à la page suivante

employees laid off after business closed — Notice of termination of employment complying with minimum statutory employment standards — Grievances claiming additional termination pay based on general law — Whether arbitrators have jurisdiction to determine whether notice given meets requirements of Civil Code of Québec — Whether notice of termination provided for in art. 2091 of Civil Code of Québec applies to collective labour relations scheme — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2091, 2092.

Young *v.* Bella 108

Torts — Negligence — Duty of care — University professors — Report of suspected ill-treatment of children — Student of social work submitting as an appendix attached to term paper an unattributed first person account of woman sexually abusing children — Professor speculating that account autobiographical but not seeking explanation from student — Professor taking her concerns to Director who, without inquiring further, sent report to Child Protection Services — Student red-flagged as potential child abuser — Investigation by Child Protection Services two years later quickly determining that student's account had been copied from textbook and suspicion baseless — Student bringing action in negligence against professor, Director and University — Whether all elements of tort of negligence established — Whether action barred by child welfare legislation, which protects informants who report child abuse unless report is done "maliciously or without reasonable cause" — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, s. 38(1), (6).

Damages — Jury award — Whether evidence at trial supported jury's award of damages.

Damages — Non-pecuniary damages — Jury awarding $430,000 in non-pecuniary damages in negligence case — Whether jury award should be set aside — Whether cap should be applied to non-pecuniary damage awards outside catastrophic personal injury context.

sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

Isidore Garon ltée *c.* Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. *c.* Syndicat national des employés de garage du Québec inc. 27

Relations de travail — Griefs — Compétence de l'arbitre — Délai de congé — Incorporation des règles de droit commun dans la convention collective — Employés syndiqués mis à pied à la suite d'une fermeture d'entreprise — Avis de cessation d'emploi respectant les normes minimales de travail prévues par la loi — Griefs réclamant une indemnité de départ additionnelle fondée sur le droit commun — Les arbitres ont-ils compétence pour déterminer si les préavis donnés satisfont aux exigences du Code civil du Québec? — Le délai de congé prévu à l'art. 2091 du Code civil du Québec s'applique-t-il au régime collectif du travail? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2091, 2092.

Young *c.* Bella 108

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Professeurs d'université — Signalement de cas de maltraitance soupçonnée d'enfants — Étudiante en service social annexant à un travail écrit un récit anonyme dans lequel une femme s'exprimant à la première personne relate des agressions sexuelles d'enfants — Professeure supposant que le récit est autobiographique, mais ne demandant aucune explication à l'étudiante — Professeure faisant part de ses inquiétudes au directeur qui, sans poser d'autres questions, effectue un signalement au service de protection de l'enfance — Étudiante signalée comme étant un agresseur d'enfant potentiel — Enquête du service de protection de l'enfance, menée deux ans plus tard, permettant de constater rapidement que le récit de l'étudiante est tiré d'un manuel et que les soupçons sont dépourvus de fondement — Étudiante intentant une action pour négligence contre la professeure, le directeur et l'Université — A-t-on établi l'existence de tous les éléments du délit de négligence? — L'action est-elle irrecevable en vertu de la loi sur le bien-être de l'enfance, qui protège les personnes qui signalent des cas de violence envers un enfant, sauf si le signalement est effectué « de façon malveillante ou sans raison valable »? — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 38(1), (6).

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts accordés par un jury — La preuve étaye-t-elle les dommages-intérêts accordés par le jury?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts non pécuniaires — Jury accordant des dommages-intérêts non pécuniaires de 430 000 $ dans une affaire de négligence — Y a-t-il

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

lieu d'annuler les dommages-intérêts accordés par le jury? — Y a-t-il lieu d'appliquer un plafond à l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires dans d'autres contextes que celui des blessures corporelles catastrophiques?

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 2006

1er volume, 2006

Air Canada *Appellant*

v.

Canadian Human Rights Commission and Canadian Union of Public Employees (Airline Division) *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Canada Post Corporation, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Public Service Alliance of Canada and Federally Regulated Employers — Transportation and Communication *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) *v.* CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.

Neutral citation: 2006 SCC 1.

File No.: 30323.

2005: October 19; 2006: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Human rights — Discriminatory practices — Equal wages — Definition of "establishment" — Federal human rights legislation making it discriminatory for employer to pay different wages for men and women performing work of equal value in same "establishment" — Whether flight attendants, pilots and mechanics of airline company in same establishment for purposes of wage comparisons — Whether employees subject to common personnel and wage policy — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

Statutes — Interpretation — Guidelines — Guidelines adopted to clarify interpretation of statute — Nature of

Air Canada *Appelante*

c.

Commission canadienne des droits de la personne et Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) *Intimés*

et

Procureur général du Canada, Postes Canada, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, Alliance de la fonction publique du Canada et Employeurs des transports et communications de régie fédérale *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) *c.* LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE

Référence neutre : 2006 CSC 1.

N° du greffe : 30323.

2005 : 19 octobre; 2006 : 26 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Définition de « établissement » — Selon la législation canadienne sur les droits de la personne, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même « établissement », des fonctions équivalentes — Les agents de bord, les pilotes et les mécaniciens de la compagnie aérienne appartiennent-ils au même établissement pour les comparaisons salariales? — Les employés sont-ils visés par la même politique en matière de personnel et de salaires? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

Législation — Interprétation — Ordonnances — Adoption de l'Ordonnance pour apporter des éclaircissements

relationship between guidelines and statute — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

The flight attendants' union launched a complaint against the employer airline under s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, claiming that the employer discriminated against flight attendants, a predominantly female group, by paying them differently than mechanics and pilots, who were predominantly male. Under s. 11, it is a discriminatory practice for an employer to establish differences in wages between male and female employees employed in the same "establishment" who are performing work of equal value. According to s. 10 of the *Equal Wages Guidelines, 1986* adopted under the Act, employees of an establishment include all employees subject to a "common personnel and wage policy". Addressing a preliminary question, the Canadian Human Rights Tribunal found that the wages of the flight attendants could not be compared to the wages of the other two groups since they were not in the same "establishment". It emphasized that the vast majority of the employer's wage and personnel policies applicable to the employees in the three groups were found in separate collective agreements and in branch-specific manuals that applied only to a particular bargaining unit. Given the differences between the policies as reflected in those agreements and manuals, the Tribunal concluded that the flight attendants had failed to prove a common personnel and wage policy, and dismissed the complaint. On judicial review, the Federal Court—Trial Division upheld the dismissal, but the Federal Court of Appeal allowed the union's appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The matter should be remitted to the Canadian Human Rights Commission to continue its investigation into whether there is wage discrimination.

Under s. 10 of the Guidelines, which supplements s. 11 of the Act, employees subject to a common personnel and wage policy will be in the same establishment, regardless of whether they are subject to different collective agreements or are in the same geographic location. The search for a "common personnel and wage policy" is a factual inquiry into whether the employer applies a common set of principles or takes a general approach to its employment relationships,

quant à l'interprétation de la loi — Nature de la relation entre les ordonnances et la loi — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

Le syndicat des agents de bord a, en vertu de l'art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, déposé une plainte contre l'employeur, la compagnie aérienne, pour discrimination dont il aurait fait preuve à l'égard des agents de bord, groupe à prédominance féminine, en ne leur versant pas le même salaire qu'aux mécaniciens et aux pilotes, groupes à prédominance masculine. Selon l'art. 11, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même « établissement », des fonctions équivalentes. Selon l'art. 10 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, adoptée en vertu de la Loi, les employés d'un établissement comprennent tous les employés visés par la « même politique en matière de personnel et de salaires ». En examinant une question préliminaire, le Tribunal canadien des droits de la personne a estimé que les salaires des agents de bord ne pouvaient être comparés avec ceux des deux autres groupes puisqu'ils n'appartenaient pas au même « établissement ». Il a souligné que la vaste majorité des politiques de l'employeur en matière de salaires et de personnel visant les employés des trois groupes se trouvaient dans des conventions collectives distinctes ainsi que dans des manuels propres à chaque secteur ne s'appliquant qu'à une unité de négociation donnée. Étant donné les différences entre les politiques consignées dans ces conventions et manuels, le Tribunal a conclu que les agents de bord n'avaient pas réussi à établir l'existence d'une politique commune en matière de personnel et de salaires et a donc rejeté la plainte. Lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale, Section de première instance, a confirmé le rejet, mais la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du syndicat.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'affaire est renvoyée devant la Commission des droits de la personne pour qu'elle poursuive son enquête afin de déterminer s'il y a discrimination salariale.

Selon l'art. 10 de l'Ordonnance, qui complète l'art. 11 de la Loi, les employés visés par la même politique en matière de personnel et de salaires appartiennent au même établissement, peu importe qu'ils soient régis par des conventions collectives différentes ou qu'ils se trouvent ou non dans le même endroit géographique. La recherche de la « même politique en matière de personnel et de salaires » consiste en un examen factuel de la question de savoir si l'employeur applique un ensemble

including collective bargaining. Factors may vary from one employer to another, and a policy may be common even if working conditions vary. At the end of the inquiry, if a common wage and personnel policy is established, a notional establishment consisting of various functions or occupational groups comes into existence, and it is then used to identify the proper comparators for pay equity purposes. [27-36] [43]

The search for a "common personnel and wage policy" is not an inquiry into every term of every collective agreement or employment contract in search of a preponderance of common or disparate terms. While the terms of collective agreements are not irrelevant, their relevance is limited. By their very nature, these terms will vary with the imperatives of the particular employee or bargaining unit. To use those differences as barriers to wage comparisons would thwart the very purpose of s. 11. Furthermore, if the inquiry were to focus on these differences, "establishment" would be equated with "bargaining unit", thereby undermining the purpose of the *Canadian Human Rights Act*. [36] [39-40]

In this case, the flight attendants, mechanics and pilots belong to the same "establishment". The employer has put in place a common policy reflected in its common approach to collective bargaining, the administration of labour contracts, its methods of communication with unions and employees, and its common negotiating strategies and concerns. Although the collective agreements of the groups differed and the common policies may have been implemented in different ways, common policies remained in place. [43-44]

Cases Cited

Referred to: *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999]

commun de principes ou adopte une ligne de conduite générale à l'égard de ses relations employeur-employés, y compris la négociation collective. Les facteurs peuvent varier d'un employeur à l'autre et une politique peut être commune malgré des différences dans les conditions de travail. À la fin de l'enquête, si l'existence d'une politique commune en matière de personnel et de salaires est établie, un établissement fictif comportant des fonctions ou groupes professionnels différents prend naissance, pour ensuite servir à dégager les éléments de comparaison appropriés pour la parité salariale. [27-36] [43]

La recherche de la « même politique en matière de personnel et de salaires » ne consiste pas à examiner chaque modalité de chaque convention collective ou contrat de travail pour trouver une prépondérance de modalités communes ou distinctes. Les modalités des conventions collectives sont pertinentes, mais leur pertinence demeure limitée. De par leur nature même, ces modalités varient selon les impératifs de l'employé ou de l'unité de négociation. Le recours à ces différences pour faire obstacle à des comparaisons salariales irait à l'encontre de l'objet même de l'art. 11. De plus, si l'examen devait être axé sur ces différences, cela reviendrait à assimiler « établissement » à « unité de négociation », ce qui minerait l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. [36] [39-40]

En l'espèce, les agents de bord, les mécaniciens et les pilotes appartiennent au même « établissement ». L'employeur a mis en place une politique commune qui reflétait une approche commune pour la négociation collective, l'administration des contrats de travail et ses méthodes de communication avec les syndicats et les employés, ainsi que ses stratégies et préoccupations communes en matière de négociation. Même si les conventions collectives des groupes différaient et que les politiques communes ont peut-être été mises en place de façon diverse, les politiques communes sont demeurées en vigueur. [43-44]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Colombie-Britannique (Public*

3 S.C.R. 3; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Labour (Standards) Code, S.C. 1970-71-72, c. 50.
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 38.1 [rep. 1976-77, c. 33, s. 66].
Canada Labour (Standards) Code, S.C. 1964-65, c. 38, s. 14A(1) [ad. 1970-71-72, c. 50, s. 8].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*d*).
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2).
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.
Female Employees Equal Pay Act, S.C. 1956, c. 38, s. 4(1).

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Commission. *Background notes on proposed guidelines — equal pay for work of equal value*. Ottawa: The Commission, 1985.
Canada. Canadian Human Rights Commission. *Equal Pay for Male and Female Employees Who Are Performing Work of Equal Value — Interpretation Guide for Section 11 of the Canadian Human Rights Act*. Ottawa: The Commission, reprinted May 1981.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 11, May 17, 1977, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-1977, p. 11:46.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 12, May 18, 1977, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-1977, pp. 12:19-12:20.
Lavoie, Linda, et Myriam Trudel. *Loi sur l'équité salariale annotée*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Nadon and Evans JJ.A.), [2004] 3 F.C.R. 663, 238 D.L.R. (4th) 255, 318 N.R. 201, [2004] CLLC ¶ 230-022, [2004] F.C.J. No. 483 (QL), 2004 FCA 113, setting aside a decision of Hansen J., [2002] 1 F.C. 158, 209 F.T.R. 111, 202 D.L.R. (4th) 737, [2002] CLLC ¶ 230-003, 41 C.H.R.R. D/207, [2001] F.C.J. No. 1258 (QL),

Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*d*).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 38.1 [abr. 1976-77, ch. 33, art. 66].
Code canadien du travail (Normes), S.C. 1964-65, ch. 38, art. 14A(1) [aj. 1970-71-72, ch. 50, art. 8].
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11, 27(2).
Loi modifiant le Code canadien du travail (Normes), S.C. 1970-71-72, ch. 50.
Loi sur l'égalité de salaire pour les femmes, S.C. 1956, ch. 38, art. 4(1).
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, fascicule nº 11, le 17 mai 1977, 2e sess., 30e lég., 1976-1977, p. 11:46.
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, fascicule nº 12, le 18 mai 1977, 2e sess., 30e lég., 1976-1977, p. 12:19-12:20.
Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Égalité de rémunération pour les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes — Guide d'interprétation de l'article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ottawa : La Commission, réimprimé mai 1981.
Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Notes d'information sur l'ordonnance proposée — l'égalité de rémunération pour des fonctions équivalentes*. Ottawa : La Commission, 1985.
Lavoie, Linda, et Myriam Trudel. *Loi sur l'équité salariale annotée*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.
Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Nadon et Evans), [2004] 3 R.C.F. 663, 238 D.L.R. (4th) 255, 318 N.R. 201, [2004] CLLC ¶ 230-022, [2004] A.C.F. nº 483 (QL), 2004 CAF 113, qui a infirmé une décision du juge Hansen, [2002] 1 C.F. 158, 209 F.T.R. 111, 202 D.L.R. (4th) 737, [2002] CLLC ¶ 230-003, 41 C.H.R.R. D/207, [2001] A.C.F. nº 1258 (QL), 2001

2001 FCT 840, dismissing an application for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal's decision (1998), 34 C.H.R.R. D/442, [1998] C.H.R.D. No. 8 (QL). Appeal dismissed.

Roy L. Heenan, Q.C., and *Rob Grant*, for the appellant.

Andrew Raven, David Yazbeck and *Karen E. Ceilidh Snider*, for the respondent the Canadian Human Rights Commission.

Douglas J. Wray, for the respondent the Canadian Union of Public Employees (Airline Division).

Anne M. Turley, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Brian A. Crane, Q.C.*, and *David P. Olsen*, for the intervener the Canada Post Corporation.

Written submissions only by *Peter Engelmann*, for the intervener the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada.

Mary Cornish, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

Sheila R. Block and *Kathleen E. L. Riggs*, for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communication.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND ABELLA JJ. —

I. Overview

This pay equity case began almost 15 years ago. Yet our Court must now dispose of a preliminary but important question. To determine whether an employer is discriminating in remunerating male and female employees, comparisons must inevitably be made among groups of employees. These comparisons — assessing the relative skill, effort, responsibility and working conditions involved in

CFPI 840, qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne (1998), 34 C.H.R.R. D/442, [1998] C.H.R.D. No. 8 (QL). Pourvoi rejeté.

Roy L. Heenan, c.r., et *Rob Grant*, pour l'appelante.

Andrew Raven, David Yazbeck et *Karen E. Ceilidh Snider*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

Douglas J. Wray, pour l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien).

Anne M. Turley, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Brian A. Crane, c.r.*, et *David P. Olsen*, pour l'intervenant Postes Canada.

Argumentation écrite seulement par *Peter Engelmann*, pour l'intervenant le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier.

Mary Cornish, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Sheila R. Block et *Kathleen E. L. Riggs*, pour l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET ABELLA —

I. Aperçu

Cette affaire de parité salariale a commencé il y a près de 15 ans. Pourtant la Cour doit maintenant trancher une question préliminaire, mais importante. Pour décider si l'employeur pratique la discrimination dans la rémunération de ses employés et employées, il faut inévitablement établir des comparaisons parmi des groupes d'employés. Ces comparaisons, grâce auxquelles on évalue les

the occupational groups — may or may not result in the conclusion that discrimination has taken place. But before they can be made, it is necessary first to determine which group or groups of employees can be compared under the relevant legislation. That preliminary question is now before us.

2 The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (the "Act"), administered by the Canadian Human Rights Commission, makes it discriminatory for employers to pay different wages for men and women performing work of equal value in the same establishment. According to one of the Commission's binding guidelines, employees are deemed to be employed in the same establishment if they are subject to a common personnel and wage policy. This appeal centres on what constitutes an "establishment" for purposes of the Act and what it means to have a common personnel and wage policy. The issue is whether flight attendants, mechanics and pilots belong to the same establishment. If so, the female-dominated jobs of flight attendants can be compared with the male-dominated occupations of mechanics and pilots in order to determine whether women are being unlawfully underpaid, contrary to the pay equity principles in the Act. For the reasons that follow, we conclude that the Federal Court of Appeal correctly held that the "establishment" includes all three groups. Accordingly, we would dismiss the appeal and remit the matter to the Canadian Human Rights Commission for the continuation of its investigation into whether there is wage discrimination.

II. Background

3 In November 1991, the Canadian Union of Public Employees ("CUPE") launched a complaint against Air Canada. It claimed that Air Canada discriminated against flight attendants, a female-dominated group, by paying them differently for

compétences, l'effort, les responsabilités et les conditions de travail, peuvent ou non permettre de conclure à la discrimination. Mais pour pouvoir procéder à la comparaison, il faut tout d'abord déterminer les groupes d'employés qui peuvent être comparés en vertu de la loi pertinente. C'est la question préliminaire que nous devons maintenant trancher.

Selon la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 (la « Loi »), dont l'application relève de la Commission canadienne des droits de la personne, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes. Suivant l'une des ordonnances obligatoires de la Commission, les employés sont réputés appartenir au même établissement s'ils sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires. Le présent pourvoi porte principalement sur ce qui constitue un « établissement », pour l'application de la Loi, et ce que signifie être visé par la même politique en matière de personnel et de salaires. Il s'agit de savoir si les agents de bord, les mécaniciens et les pilotes appartiennent au même établissement. Dans l'affirmative, on peut comparer les emplois d'agent de bord, à prédominance féminine, aux professions de mécanicien et de pilote, à prédominance masculine, pour déterminer si les femmes sont illégalement sous-payées, contrairement au principe de la parité salariale visé dans la Loi. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la Cour d'appel fédérale a correctement décidé que l'« établissement » comprend les trois groupes. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire devant la Commission canadienne des droits de la personne pour qu'elle poursuive son enquête afin de déterminer s'il y a discrimination salariale.

II. Contexte

En novembre 1991, le Syndicat canadien de la fonction publique (« SCFP ») a déposé une plainte contre Air Canada, pour discrimination dont elle aurait fait preuve à l'endroit des agents de bord, groupe à prédominance féminine, en ne leur

what it argued was equally valuable work performed by mechanical personnel and pilots, who were predominantly male. CUPE and the Commission both submitted that personnel and wage policies are not found in individual or collective contracts of employment, but in the general approach taken by an employer to those contracts, regardless of differences in their terms. If there is a common general approach, all employees subject to it form part of the same establishment.

versant pas le même salaire qu'aux mécaniciens et aux pilotes, groupes à prédominance masculine, pour des fonctions, selon lui, équivalentes. Le SCFP et la Commission ont tous deux fait valoir que les politiques en matière de personnel et de salaires ne se trouvent pas dans les contrats de travail individuels ou collectifs, mais dans la ligne de conduite générale adoptée par l'employeur à l'égard de ces contrats, sans égard aux différences dans les modalités. S'il existe une ligne de conduite générale commune, tous les employés visés par celle-ci font partie du même établissement.

Air Canada, in response, argued that flight attendants could not be compared to pilots and mechanics because the three groups of employees belonged to three distinct bargaining units set up 60 years ago and were covered by three separate collective agreements whose differences demonstrated that the three groups were not subject to a "common personnel and wage policy". The three groups of employees were not in the same "establishment", it argued, since each of the three separate bargaining units constituted a separate establishment. The essence of Air Canada's submission was that collective agreements are the defining sources of personnel and wage policies, and that the common elements in them are what determine the extent to which different groups of employees can be said to be subject to a common personnel and wage policy.

4 Air Canada a répliqué que les agents de bord ne pouvaient être comparés avec les pilotes et les mécaniciens parce que les trois groupes d'employés appartenaient à trois unités de négociation distinctes mises sur pied il y a 60 ans et qu'ils étaient couverts par trois conventions collectives distinctes dont les différences démontraient que les trois groupes n'étaient pas visés par « la même politique en matière de personnel et de salaires ». Selon elle, ces trois groupes n'appartenaient pas au même « établissement » puisque chacune des trois unités de négociation constituait un établissement distinct. Air Canada soutenait en substance que les conventions collectives représentent les sources essentielles des politiques en matière de personnel et de salaires, et que les éléments communs qu'on y retrouve déterminent dans quelle mesure on peut considérer que différents groupes d'employés sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires.

Because of its position that the pilots and mechanics worked in different "establishments" for purposes of the Act, Air Canada sought an order from the Federal Court prohibiting the Commission from proceeding with its investigation. Some time before the matter was to be heard, the parties agreed to permit the Commission to investigate, as a preliminary question, whether the flight attendants and the comparator groups were within the same establishment. In its investigation, the Commission noted that the two comparator groups identified — pilots and mechanics — were predominantly male, and that the flight attendants who sought to compare themselves were predominantly female. The

5 Vu sa position selon laquelle les pilotes et les mécaniciens travaillaient dans des « établissements » différents pour l'application de la Loi, Air Canada a sollicité une ordonnance de la Cour fédérale interdisant à la Commission de poursuivre son enquête. Avant l'audition de l'affaire, les parties ont convenu de permettre à la Commission d'examiner, à titre de question préliminaire, si les agents de bord et les groupes de référence faisaient partie du même établissement. Dans le cadre de son enquête, la Commission a noté que les deux groupes de référence — les pilotes et les mécaniciens — étaient à prédominance masculine et que les agents de bord qui cherchaient à se comparer avec eux étaient

Commission also confirmed that wages for flight attendants were lower than for the two groups to which they compared themselves. The Commission recommended that the "establishment issue" be referred to a Canadian Human Rights Tribunal.

6 A Tribunal was appointed on August 15, 1996. The only issue before that Tribunal was the preliminary question of whether flight attendants, pilots, and mechanics are in the same establishment for purposes of wage comparisons. Other aspects of CUPE's complaint, including notably the actual comparison of the value of flight attendants' work compared to that of pilots and mechanics, were not addressed.

7 The Tribunal agreed with Air Canada that the wages of the flight attendants could not be properly compared to those of the two other groups since they were not in the same "establishment". It emphasized that the vast majority of Air Canada's wage and personnel policies applicable to the employees in the three groups were found in separate collective agreements and in branch-specific manuals that applied only to a particular bargaining unit. Given the differences between the policies as reflected in those agreements and manuals, the Tribunal concluded that the flight attendants had failed to prove a common personnel and wage policy and, accordingly, dismissed the complaint ((1998), 34 C.H.R.R. D/442).

8 On judicial review, the Federal Court—Trial Division upheld the dismissal ([2002] 1 F.C. 158, 2001 FCT 840).

9 The Federal Court of Appeal (Rothstein, Nadon and Evans JJ.A.) allowed the appeal ([2004] 3 F.C.R. 663, 2004 FCA 113). Rothstein J.A. held that the focus of the "establishment" inquiry should be on what was within the power or control of the employer. Finding that Air Canada treated all of its employees as part of a single, integrated business under a common personnel and wage policy, he concluded that the flight attendants, pilots and mechanics at Air Canada were in the same

surtout des femmes. Elle a également confirmé que les salaires des agents de bord étaient inférieurs à ceux des deux groupes avec lesquels ils se comparaient. Elle a recommandé que la [TRADUCTION] « question de l'établissement » soit soumise à un tribunal canadien des droits de la personne.

Un tribunal a été constitué le 15 août 1996. Ce tribunal n'a été saisi que de la question préliminaire de savoir si les agents de bord, les pilotes et les mécaniciens appartiennent au même établissement pour la comparaison des salaires. Les autres aspects de la plainte du SCFP, notamment la comparaison réelle de la valeur du travail des agents de bord avec celle du travail des pilotes et des mécaniciens, n'ont pas été examinés.

Le Tribunal a convenu avec Air Canada que les salaires des agents de bord ne pouvaient à juste titre être comparés avec ceux des deux autres groupes puisqu'ils n'appartenaient pas au même « établissement ». Il a souligné que la vaste majorité des politiques en matière de salaires et de personnel d'Air Canada visant les employés des trois groupes se trouvaient dans des conventions collectives distinctes ainsi que dans des manuels propres à chaque secteur ne s'appliquant qu'à une unité de négociation donnée. Étant donné les différences entre les politiques consignées dans ces conventions et manuels, le Tribunal a conclu que les agents de bord n'avaient pas réussi à établir l'existence d'une politique commune en matière de personnel et de salaires et a donc rejeté la plainte ((1998), 34 C.H.R.R. D/442).

Lors du contrôle judiciaire, la Cour fédérale, Section de première instance, a confirmé le rejet ([2002] 1 C.F. 158, 2001 CFPI 840).

La Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Nadon et Evans) a accueilli l'appel ([2004] 3 R.C.F. 663, 2004 CAF 113). Le juge Rothstein a conclu que l'analyse de « établissement » devrait porter essentiellement sur ce qui relève du pouvoir ou du contrôle de l'employeur. Considérant qu'Air Canada traitait tous ses employés comme une seule entreprise intégrée et assujettie à la même politique en matière de personnel et de salaires, il a décidé que les agents de bord, les pilotes et les mécaniciens

establishment for the purpose of comparing their wages. He held that the matter should be remitted to the Tribunal on the basis that the groups of employees sought to be compared worked within the same establishment.

In concurring reasons, Evans J.A. elaborated on the purpose of human rights legislation and the background to the promulgation of the *Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082, as compelling the conclusion reached by Rothstein J.A. Evans J.A. relied on the facts that flight attendants, mechanics and pilots all work in the core business of Air Canada, that personnel and compensation issues are under the direction of the central human resources division of Air Canada, that general corporate human resources policies apply to all three groups, and that a single committee within Air Canada is responsible for coordinating the process of negotiating collective agreements with all three bargaining units.

III. Analysis

(1) *The Legal Framework and the Issues*

The Act establishes the legal framework for the application of pay equity principles to employment relationships governed by federal law. Some provincial legislatures have chosen to enact distinct laws and have set up separate administrative and adjudicative processes to implement pay equity, outside general human rights statutes, to address the particular form of discrimination against women which denies them equal pay for work of equal value (see, for example, L. Lavoie and M. Trudel, *Loi sur l'équité salariale annotée* (2001)).

The Parliament of Canada took a different path. It incorporated the principle of pay equity in the *Canadian Human Rights Act* itself. The Act provides that maintaining wage differentials between male and female employees doing work of equal value is a discriminatory practice. Section 11(1) states:

d'Air Canada appartenaient au même établissement pour la comparaison de leurs salaires. Il a décidé que l'affaire devrait être renvoyée au Tribunal sur le fondement que les groupes d'employés dont on cherchait à comparer les salaires travaillaient dans le même établissement.

10 Dans ses motifs concordants, le juge Evans a ajouté qu'à son avis l'objectif de la législation relative aux droits de la personne et le contexte de l'adoption de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082, dictaient la conclusion du juge Rothstein. Le juge Evans s'est appuyé sur les faits suivants : les agents de bord, les mécaniciens et les pilotes participent tous aux activités essentielles d'Air Canada, les questions de personnel et de rémunération relèvent de la division centrale des ressources humaines d'Air Canada, les politiques générales de l'entreprise en matière de ressources humaines s'appliquent aux trois groupes et la coordination de la négociation des conventions collectives avec les trois unités de négociation relève d'un seul comité au sein d'Air Canada.

III. Analyse

(1) *Le cadre juridique et les questions en litige*

11 La Loi établit le cadre juridique de l'application du principe de la parité salariale aux relations de travail relevant du fédéral. Certaines législatures ont choisi d'édicter des lois particulières et de mettre en place des processus administratifs et juridictionnels distincts destinés à établir la parité salariale, en dehors des lois de portée générale sur les droits de la personne, pour s'attaquer à cette forme spécifique de discrimination à l'égard des femmes qui les prive d'un salaire égal pour des fonctions équivalentes (voir, par exemple, L. Lavoie et M. Trudel, *Loi sur l'équité salariale annotée* (2001)).

12 Le Parlement du Canada a pris une autre voie. Il a incorporé le principe de la parité salariale dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Loi prévoit que le fait de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes constitue un acte discriminatoire. Le paragraphe 11(1) dispose :

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

13 Section 27(2) authorizes the Commission to adopt guidelines in order to bring more certainty and clarity to the interpretation of the Act. It may

on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a particular case or in a class of cases described in the guideline.

Our Court has held that such guidelines are regulations which complement the provisions of the Act and should be read together with them (*Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36, at para. 48). Acting under this authority, the Commission adopted s. 10 of the Guidelines, which was intended to complement s. 11 of the Act. Section 10 provides that employees subject to the same wage and labour policies are deemed to be within the same establishment, for the purpose of the implementation of s. 11 of the Act:

10. For the purpose of section 11 of the Act, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such policy is administered centrally.

14 In this Court, there was no challenge to the validity of s. 10 of the Guidelines. The issue then becomes a question of statutory interpretation in the context of human rights legislation. More particularly, the issue is the interpretation of the word "establishment" found in both s. 11 of the Act and s. 10 of the Guidelines. The correct interpretation of "establishment" will allow the identification of appropriate comparators. Given the nature of its principles and objectives, pay equity cannot be achieved without proper comparators. The notion of establishment is central to the analysis because the Act requires that the proper comparators be found within an "establishment". We must then

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

Le paragraphe 27(2) autorise la Commission à adopter des ordonnances visant à apporter plus de certitude et de clarté quant à l'interprétation de la Loi. Elle peut

sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi.

La Cour a jugé que les ordonnances de cette nature sont des règlements qui complètent les dispositions de la Loi et devraient être interprétées conjointement avec celles-ci (*Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36, par. 48). En vertu de ce pouvoir, la Commission a adopté l'art. 10 de l'Ordonnance, qui visait à compléter l'art. 11 de la Loi. L'article 10 prévoit que les employés visés par les mêmes politiques en matière de salaires et de travail sont réputés appartenir au même établissement pour l'application de l'art. 11 de la Loi :

10. Pour l'application de l'article 11 de la Loi, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.

La validité de l'art. 10 de l'Ordonnance n'est aucunement contestée devant la Cour. La question en litige devient donc une question d'interprétation législative dans le contexte de la législation sur les droits de la personne. Il s'agit plus particulièrement de l'interprétation du mot « établissement » à l'art. 11 de la Loi et à l'art. 10 de l'Ordonnance. Une interprétation correcte permettra de dégager les éléments de comparaison appropriés. Étant donné la nature de ses principes et objectifs, la parité salariale ne peut être réalisée sans éléments de comparaison appropriés. La notion d'établissement est essentielle pour l'analyse parce que la Loi exige que l'on trouve dans l'« établissement » les éléments de

determine the meaning or scope of this word when s. 11 of the Act is read in conjunction with s. 10 of the Guidelines, using the relevant rules of statutory interpretation.

(2) *The Interpretation of Human Rights Laws*

Narrow interpretations may sterilize human rights laws and defeat their very purpose. Our Court cautioned against this risk in *Bell Canada* in the course of reviewing aspects of the function of a Human Rights Tribunal, *per* McLachlin C.J. and Bastarache J.:

> In answering this question, we must attend not only to the adjudicative function of the Tribunal, but also to the larger context within which the Tribunal operates. The Tribunal is part of a legislative scheme for identifying and remedying discrimination. As such, the larger purpose behind its adjudication is to ensure that governmental policy on discrimination is implemented. It is crucial, for this larger purpose, that any ambiguities in the Act be interpreted by the Tribunal in a manner that furthers, rather than frustrates, the Act's objectives. [para. 26]

In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, Dickson C.J., acknowledging the unique purpose of human rights legislation, held that "the words of the Act must be given their plain meaning, but [that] it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect" and held that remedial statutes like the Act are to be given "such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained".

The object of s. 11 of the Act is to identify and ameliorate wage discrimination. This purpose guides its interpretation. As Evans J. stated in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [2000] 1 F.C. 146 (T.D.), at para. 199:

comparaison applicables. Nous devons donc déterminer la signification ou la portée de ce mot selon les règles d'interprétation législative pertinentes, lorsqu'on lit l'art. 11 de la Loi en corrélation avec l'art. 10 de l'Ordonnance.

(2) *L'interprétation des lois sur les droits de la personne*

15 Une interprétation stricte pourrait neutraliser les lois sur les droits de la personne et en contrecarrer la réalisation des objectifs mêmes. En examinant, dans *Bell Canada*, les aspects de la fonction d'un tribunal des droits de la personne, la Cour a, par la voix de la juge en chef McLachlin et du juge Bastarache, mis en garde contre ce danger :

> En répondant à cette question, nous devons tenir compte non seulement de la fonction juridictionnelle du Tribunal, mais aussi du contexte plus large dans lequel le Tribunal exerce ses activités. Le Tribunal fait partie d'un régime législatif visant à identifier les pratiques discriminatoires et à y remédier. À ce titre, l'objectif plus général qui sous-tend sa fonction juridictionnelle consiste à veiller à la mise en œuvre de la politique gouvernementale en matière de discrimination. Il est crucial, pour atteindre cet objectif plus général, que toute ambiguïté dans la Loi soit interprétée par le Tribunal d'une manière qui favorise plutôt que de contrecarrer la réalisation des objectifs de la Loi. [par. 26]

16 Dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1134, le juge en chef Dickson, reconnaissant la finalité spéciale de la législation en matière de droits de la personne, a conclu que « les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais [qu']il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés », et a déclaré que les lois réparatrices comme la Loi doivent s'interpréter « de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets ».

17 L'objet de l'art. 11 de la Loi est de déceler des cas de discrimination salariale et d'y porter remède. Ce but en guide l'interprétation. Comme le juge Evans l'a affirmé dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [2000] 1 C.F. 146 (1re inst.), par. 199 :

[N]o interpretation of section 11 can ignore the fact that the mischief at which it is principally aimed is the existence of a wage gap that disadvantages women, as a result of gendered segregation in employment and the systemic undervaluation of the work typically performed by women.

(3) *A Short History of Federal Pay Equity Legislation*

18 Equal pay legislation was first passed by Parliament in 1956 (*Female Employees Equal Pay Act*, S.C. 1956, c. 38), mandating that an employer not pay men and women differently for substantially identical work. Section 4(1) of that Act stated:

4. (1) No employer shall employ a female employee for any work at a rate of pay that is less than the rate of pay at which a male employee is employed by that employer for identical or substantially identical work.

19 The original legislation guaranteed only equal pay for equal work. All of an employer's employees were covered. This limited principle was superseded in the current Act, passed in 1977 (S.C. 1976-77, c. 33), which moved to a new paradigm of obliging employers to maintain equal pay for work of *equal value*. The gap between those two iterations of Canada's equal pay legislation was bridged, to some extent, by amendments in the early 1970s to the *Canada Labour Code*.

20 In 1971, in the *Act to amend the Canada Labour (Standards) Code*, S.C. 1970-71-72, c. 50, the 1956 legislation was repealed and replaced by equal pay provisions in the *Canada Labour (Standards) Code*, S.C. 1964-65, c. 38, introducing for the first time the concept of the same establishment, rather than the same employer. The new s. 14A(1) of the Code provided:

14A. (1) No employer shall establish or maintain differences in wages between male and female employees, employed in the same industrial establishment, who are performing, under the same or similar working conditions, the same or similar work on jobs

[A]ucune interprétation de l'article 11 ne peut faire abstraction du fait qu'il vise principalement à remédier au problème de l'écart salarial défavorable aux femmes résultant de la ségrégation des emplois fondée sur le sexe et de la sous-évaluation systémique des tâches habituellement exécutées par des femmes.

(3) *Un court historique des lois fédérales en matière de parité salariale*

En 1956, le Parlement a adopté la première loi en matière de parité salariale (*Loi sur l'égalité de salaire pour les femmes*, S.C. 1956, ch. 38), qui interdisait à l'employeur de verser aux hommes et aux femmes des salaires différents pour un travail sensiblement identique. Le paragraphe 4(1) de cette loi dispose :

4. (1) Nul patron ne doit engager une employée pour du travail à un taux de rémunération moindre que celui auquel un employé est embauché par ledit patron pour un travail identique ou sensiblement identique.

La première loi ne garantissait qu'un salaire égal pour un travail égal. Tous les employés de l'employeur étaient visés. Ce principe à portée limitée a fait place dans la loi actuelle, adoptée en 1977 (S.C. 1976-77, ch. 33), à un nouveau paradigme obligeant l'employeur à pratiquer la parité salariale pour des *fonctions équivalentes*. L'écart entre ces deux versions de la législation canadienne en matière de parité salariale a été comblé, dans une certaine mesure, par les modifications apportées au *Code canadien du travail* au début des années 1970.

En 1971, en vertu de la *Loi modifiant le Code canadien du travail (Normes)*, S.C. 1970-71-72, ch. 50, la loi de 1956 a été abrogée et remplacée par des dispositions sur l'égalité des salaires ajoutées dans le *Code canadien du travail (Normes)*, S.C. 1964-65, ch. 38, qui introduisaient pour la première fois la notion de même établissement, au lieu de celle de même employeur. Le nouveau par. 14A(1) du Code dispose :

14A. (1) Nul employeur ne doit établir ni maintenir des différences de salaires entre des employés du sexe masculin et du sexe féminin, travaillant dans le même établissement industriel, qui accomplissent, dans les mêmes conditions de travail ou dans des conditions

requiring the same or similar skill, effort and responsibility.

Comparisons could only be made within "the same industrial establishment".

In 1977, as part of the package of legislative amendments introducing the *Canadian Human Rights Act*, s. 14A (then s. 38.1) was removed from the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. The "industrial establishment" limitation was carried forward into the "establishment" limitation in s. 11 of the Act. This amendment meant that pay equity comparators had to be found within each employer and within those sets of functions or activities which were distinct enough to be acknowledged as a separate establishment. As the Minister of Justice, the Honourable S. R. Basford, said at the time:

We used "establishment" because it has been used in the Labour Code, and there is a body of case law, both of the Labour Relations Act and of the Courts, relating to the use of those words. It was a word that caused some concern among some presenting briefs, in that employers could divide their establishments in order to set up different wage scales in those establishments. Therefore, it was urged that we use the words "same employer" but that creates real difficulties in terms of regional wage scales and regional and geographic factors.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 12, May 18, 1977, at pp. 12:19-12:20)

Shortly after, the Commission issued a non-binding interpretation guide limiting "establishment" by geographic boundaries:

"Establishment" refers to all buildings, works or other installations of an employer's business that are located within the limits of a municipality, a municipal

analogues, le même travail ou un travail analogue dans l'exécution de tâches nécessitant les mêmes qualifications, le même effort et la même responsabilité, ou des qualifications, un effort et une responsabilité analogues.

Les comparaisons ne pouvaient être effectuées qu'au sein du « même établissement industriel ».

21 En 1977, dans le cadre du train de modifications législatives instaurant la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'art. 14A (qui était alors l'art. 38.1) a été supprimé du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1970, ch. L-1. L'article 11 de la Loi reprend cette exigence limitative de l'existence de l'« établissement industriel » dans celle de l'« établissement ». Cette modification signifiait que les éléments de comparaison de la parité salariale devaient se retrouver au sein de chaque employeur et à l'intérieur d'ensembles de fonctions ou d'activités suffisamment différenciés pour être reconnus comme établissement distinct. Le ministre de la Justice, l'honorable S. R. Basford, a affirmé à l'époque :

Nous nous sommes servis du terme « établissement » parce que l'on s'en sert dans le Code du travail et qu'il y a toute une série de dispositions de jurisprudence, relatives tant à la Loi sur les relations de travail qu'aux tribunaux, portant sur l'utilisation de ce mot. C'est un terme qui a causé certaines préoccupations auprès des personnes qui nous ont présenté des mémoires, dans la mesure où les employeurs pourraient diviser leurs établissements afin d'établir des échelles salariales différentes dans les diverses divisions. C'est pourquoi on nous a demandé d'utiliser les mots « même employeur », mais cela crée des difficultés véritables pour ce qui est des échelles salariales régionales et des facteurs régionaux et géographiques.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, fascicule nº 12, 18 mai 1977, p. 12:19-12:20)

22 Peu après, la Commission a publié un guide d'interprétation non obligatoire, qui circonscrivait l'« établissement » par référence à des limites géographiques :

L'ÉTABLISSEMENT désigne tous les bâtiments, les ouvrages ou autres endroits de l'entreprise d'un employeur qui se trouvent dans les limites d'une

district, a metropolitan area, a county or the national capital region, which ever is the largest, or such larger geographic limits that may be established by the employer or jointly by the employer and the union.

(*Equal Pay for Male and Female Employees Who Are Performing Work of Equal Value — Interpretation Guide for Section 11 of the Canadian Human Rights Act* (1981), at p. 4)

23 Under this interpretation guide, until the enactment of the *Equal Wages Guidelines, 1986*, "establishment" in s. 11 of the Act was understood to mean an integrated, geographically coherent business belonging to a specific employer, making the starting point of the establishment analysis under the Act an essentially corporate definition, limited only by geography. That meant that only where an employer's business represented multiple and distinct undertakings, or became geographically diverse, could multiple establishments exist within an employer's business.

(4) *The Impact of Section 10 of the Equal Wages Guidelines, 1986*

24 In introducing the guideline power and the Act itself (Bill C-25) in 1977, the Hon. S. R. Basford acknowledged that, in the arena of equal pay for work of equal value, some provinces had been deterred by the complexity of going beyond the old standard of equal pay for equal work, and explained the resulting federal approach found in the new 1977 Act and guideline-making power as follows:

The federal government has adopted a different approach: that we should legislate the principle [of equal pay for work of equal value] and, through the Commission and through its efforts at setting out guidelines, solve those problems.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 11, May 17, 1977, at

municipalité, d'un district municipal, d'une région métropolitaine, d'un comté ou de la région de la capitale nationale, selon ce qui est le plus étendu, ou toutes limites géographiques plus étendues qui peuvent être établies, par l'employeur ou conjointement par l'employeur et le syndicat.

(*Égalité de rémunération pour les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes — Guide d'interprétation de l'article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne* (1981), p. 4)

D'après ce guide d'interprétation, jusqu'à l'adoption de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, on pensait donc que le mot « établissement » à l'art. 11 de la Loi désignait une entreprise intégrée et géographiquement cohérente appartenant à un employeur donné. De ce fait, l'analyse de ce mot dans le contexte de la Loi reposait dès le départ sur une définition qui en principe visait l'ensemble des activités de l'entreprise, restreinte seulement par les exigences de la géographie. Cela signifiait que l'entreprise de l'employeur ne pouvait comporter des établissements multiples que si elle incluait des activités multiples et distinctes, ou des subdivisions géographiques.

(4) *L'incidence de l'art. 10 de l'Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*

En présentant le pouvoir d'adopter des ordonnances et la Loi elle-même (projet de loi C-25) en 1977, l'honorable S. R. Basford a reconnu que, sur le plan de la parité salariale pour des fonctions équivalentes, certaines provinces avaient reculé devant les difficultés de dépasser l'ancienne norme du salaire égal pour un travail égal. Il a ainsi expliqué l'effet de ces problèmes sur l'approche fédérale qu'exprimaient la nouvelle Loi de 1977 et le pouvoir d'adopter des ordonnances :

Le gouvernement fédéral a adopté une attitude différente : nous devons légiférer quan[t] au principe et, par l'entremise de la Commission et de ses efforts en vue d'établir des lignes directrices, nous pourrons résoudre ces problèmes.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques*, fascicule n° 11, 17 mai 1977,

p. 11:46; see also *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, at paras. 77-78.)

As a result of these changes, equal pay issues are now determined in accordance with s. 10 of the Guidelines passed by the Commission in 1986 pursuant to s. 27(2) of the Act. Section 10 is repeated here for ease of reference:

> 10. For the purpose of section 11 of the Act, employees of an establishment include, notwithstanding any collective agreement applicable to any employees of the establishment, all employees of the employer subject to a common personnel and wage policy, whether or not such policy is administered centrally.

This new and binding guideline no longer referred to geographic limitations.

A question now arises as to the nature of the relationship between the Guidelines and the Act. Before this Court, Air Canada argued that the Guidelines' definition of "establishment" supplants the definition of establishment found in s. 11 of the Act and that it is therefore unnecessary to examine s. 11 of the Act or the history of its application. The Commission, on the other hand, submits that s. 10 of the Guidelines is not exhaustive of the meaning of "establishment" for purposes of the Act.

The interpretation advanced by Air Canada does not accurately describe the legal relationship between the Guidelines and the Act. The Guidelines complement the Act but do not abrogate it. As this Court concluded in *Bell Canada*, such Guidelines are binding and intended to "ad[d] precision to the Act, without in any way trumping or overriding the Act itself" (para. 48). The Guidelines were enacted to enable the Commission to add clarifying supplements, where necessary, to the leanly articulated principles in the Act. The purpose of s. 10 of the Guidelines is, accordingly, to supplement, not supplant, the provisions of the Act. It goes without saying, therefore, that the Guidelines should be interpreted in a way which remains consistent with the text and objectives of the Act (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 38).

p. 11:46; voir également l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, par. 77-78.)

25 Par suite de ces changements, les questions de parité salariale sont maintenant tranchées en fonction de l'art. 10 de l'Ordonnance adoptée par la Commission en 1986 en vertu du par. 27(2) de la Loi. Par souci de commodité, nous reproduisons de nouveau ici l'art. 10 :

> 10. Pour l'application de l'article 11 de la Loi, les employés d'un établissement comprennent, indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central.

Cette nouvelle ordonnance obligatoire ne mentionne plus les limites géographiques.

26 Une nouvelle question se pose alors quant à la nature de la relation entre l'Ordonnance et la Loi. Air Canada a fait valoir devant la Cour que la définition de « établissement » dans l'Ordonnance supplante celle à l'art. 11 de la Loi et qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner celui-ci ou l'historique de son application. La Commission, quant à elle, a soutenu que l'art. 10 de l'Ordonnance n'explique pas à lui seul le sens de « établissement » pour l'application de la Loi.

27 L'interprétation proposée par Air Canada ne décrit pas fidèlement la relation juridique entre les ordonnances et la Loi. Elles la complètent, mais ne l'abrogent pas. Comme la Cour l'a conclu dans *Bell Canada*, ces ordonnances sont obligatoires et visent à « préciser la Loi, sans primer de quelque façon que ce soit sur la Loi elle-même » (par. 48). L'Ordonnance a été adoptée pour permettre à la Commission d'apporter, au besoin, des éclaircissements aux principes maigrement articulés dans la Loi. L'objet de l'art. 10 de l'Ordonnance est donc de compléter les dispositions de la Loi, et non de les supplanter. En conséquence, il faut interpréter les ordonnances d'une manière compatible avec le texte et les objets de la Loi (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, par. 38).

28 The wording itself of s. 10 makes it clear that it does not purport to define "establishment". Instead, it states that, for purposes of s. 11 of the Act, "employees of an establishment include" all of an employer's employees who are subject to a common personnel and wage policy, regardless of any collective agreement and regardless of whether the common policy is centrally administrated. Section 10 operates as a guide or complementary provision which provides additional content and context for the application of the notion of "establishment". The fact that "establishment" in s. 10 of the Guidelines is said to "include" employees who are subject to common personnel and wage policies indicates that this particular guideline should not be viewed and applied as if it were an exhaustive definition: see *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 376-77. This conclusion was reached by the Tribunal and it is a conclusion with which we agree.

29 Having concluded that s. 10 of the Guidelines does not provide the only cartography for discovering the meaning of "establishment", we turn to its intended impact. When the Act was passed in 1977, "establishment" in s. 11 was, as previously discussed, understood to have a particular meaning, namely an integrated geographically coherent business, as confirmed by the non-binding guide of 1978. Since the 1986 Guidelines cannot be interpreted as overriding any provision of the Act, the issue is the extent to which s. 10 of the Guidelines refined the meaning of "establishment" in s. 11 of the Act.

30 The background to s. 10's implementation is illuminating. First, despite some proposals to that effect, the notion of "establishment" was not removed from the Act. Establishments still had to be identified and comparators found within them. Then, in March 1985, the Commission issued background notes which indicated that the proposed guideline was intended to represent a new approach to the meaning of establishment. The new

Il ressort clairement du libellé même de l'art. 10 que celui-ci ne vise pas à définir la notion d'« établissement ». Au contraire, cette disposition prévoit que, pour l'application de l'art. 11 de la Loi, « les employés d'un établissement comprennent », indépendamment des conventions collectives, tous les employés au service de l'employeur qui sont visés par la même politique en matière de personnel et de salaires, que celle-ci soit ou non administrée par un service central. L'article 10 sert de guide ou de disposition complémentaire pour fournir un contenu et un contexte additionnels dans l'application de la notion d'« établissement ». La rédaction de l'art. 10 de l'Ordonnance qui décrit le terme « même établissement » comme « comprenant » les employés visés par les mêmes politiques en matière de personnel et de salaires indique qu'il ne faut pas considérer ni appliquer cette disposition comme une définition exhaustive : voir *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 376-377. C'est la conclusion du Tribunal, et nous y souscrivons.

Après avoir conclu que l'art. 10 de l'Ordonnance ne fournit pas la seule cartographie permettant de découvrir le sens de « établissement », nous allons maintenant examiner son incidence visée. Comme nous l'avons vu, lorsque la Loi a été adoptée en 1977, on pensait que le terme « établissement » à l'art. 11 avait un sens précis, soit celui d'une entreprise intégrée et géographiquement cohérente, comme l'a confirmé le guide non obligatoire de 1978. Étant donné que l'Ordonnance de 1986 ne peut être interprétée comme primant de quelque façon que ce soit sur une disposition de la Loi, il s'agit de déterminer dans quelle mesure l'art. 10 de l'Ordonnance a précisé le sens de « établissement » à l'art. 11 de la Loi.

Le contexte de l'entrée en vigueur de l'art. 10 est révélateur. D'abord, malgré certaines propositions en ce sens, la notion d'« établissement » n'a pas été supprimée de la Loi. Il restait encore à décrire les établissements et à y trouver les éléments de comparaison. Puis, en mars 1985, la Commission a publié des notes d'information indiquant que l'Ordonnance proposée visait à établir une nouvelle façon de dégager le sens du mot « établissement ».

guideline looked beyond bricks and mortar, formal organizational units or geography. It adopted a fall-back position, which focussed on the common character of compensation and personnel policies. The Commission stated:

Establishment will be determined by reference to the personnel and compensation policies and practices of the employer rather than a geographic location or unit of organization.

Employees of an employer shall be considered to be in the same establishment when they are subject to a common set of personnel and compensation policies, regulations and procedures; and when these policies, regulations and procedures are developed and controlled centrally even though their administration may be delegated to smaller units of organization. [Emphasis added.]

(*Background notes on proposed guidelines — equal pay for work of equal value* (March 1985), at p. 22)

The rationale advanced by the Commission for this change was:

This approach addresses for example, the situation where employees in different physical locations or regions are subject to the same collective agreement. With a geographical definition of establishment it might be possible to limit the scope of a remedy to the geographic or organizational unit where the complainant is located, even when there are others subject to the same conditions in other locations. [p. 11]

Following invitations to interested parties to respond to its proposed change in the interpretation of "establishment" in s. 11 of the Act, the Commission received a number of submissions from both employer and union representatives. As a result of these submissions, the Commission reformulated its proposed directive on the notion of establishment as follows in September 1985, clarifying that even employees in different geographic locations could be deemed to be in the same establishment and that the scope of collective bargaining units and the contents of agreements would not be the determinative factor:

La nouvelle ordonnance allait au-delà des briques et du mortier, des unités organisationnelles formelles et de la géographie. Elle adoptait, comme approche fondamentale, une méthode qui mettait l'accent sur le dénominateur commun des politiques en matière de rémunération et de personnel. La Commission a affirmé :

On déterminera l'établissement en fonction des lignes de conduite de l'employeur en matière de rémunération et de personnel plutôt qu'en fonction d'un lieu géographique ou d'une unité organisationnelle.

On considérera que les employés d'un employeur font partie du même établissement lorsqu'ils sont visés par un ensemble commun de directives, de règlements et de procédures; et lorsque ces directives, ces règlements et ces procédures sont élaborés et contrôlés centralement, même si leur administration est déléguée à de plus petites unités organisationnelles. [Nous soulignons.]

(*Notes d'information sur l'ordonnance proposée — l'égalité de rémunération pour des fonctions équivalentes* (mars 1985), p. 22)

La Commission a expliqué ce changement en ces termes : 31

On veut ainsi tenir compte par exemple d'une situation où des employés travaillant dans des endroits ou des régions différents sont visés par la même convention collective. Une définition géographique de l'établissement risque de restreindre la portée d'un recours à l'endroit géographique ou à l'unité organisationnelle où se trouve le plaignant, même lorsque d'autres employés sont assujettis aux mêmes conditions à d'autres endroits. [p. 11]

Après avoir invité les parties intéressées à se prononcer sur le changement qu'elle se proposait d'apporter à l'interprétation de « établissement » à l'art. 11 de la Loi, la Commission a reçu plusieurs observations de représentants d'employeurs et de syndicats. Par suite de ces observations, en septembre 1985, la Commission a reformulé la directive qu'elle avait proposée au sujet de la notion d'« établissement », précisant que même les employés se trouvant dans des endroits géographiques différents pourraient être réputés appartenir au même établissement et que ni la portée des unités de négociation collective ni le contenu des conventions ne constitueraient des facteurs déterminants : 32

Employees of an employer shall be considered to be in the same establishment when they are subject to a common corporate policy which is controlled centrally even though their administration may be delegated to smaller units of organization. For greater certainty, a collective agreement between an employer and a bargaining agent is not considered to be a corporate personnel and compensation policy. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] On considérera que les employés d'un employeur font partie du même établissement lorsqu'ils sont visés par une politique générale commune contrôlée centralement, même si son application peut être déléguée à de plus petites unités organisationnelles. Il est entendu qu'une convention collective entre l'employeur et l'agent négociateur ne constitue pas une politique générale en matière de personnel et de rémunération. [Nous soulignons.]

33 In an accompanying memorandum sent to members of the Commission, the head of its Equal Pay Section, T. N. Ulch, confirmed that the intention was to rebut the suggestion that each collective agreement represented a separate establishment:

Dans une note de service envoyée aux membres de la Commission, le chef de la section de l'équité salariale de celle-ci, T. N. Ulch, a confirmé que le but recherché était de réfuter la prétention que chaque convention collective correspond à un établissement distinct :

[T]he language of the guideline on establishment will be changed to ensure that it reflects the intent of the Commission to define establishment as broadly as possible. There was concern expressed that the present wording could be interpreted in a sense that would limit an establishment to a single collective bargaining unit; [Emphasis added.]

[TRADUCTION] [L]e texte de l'ordonnance sur l'établissement sera modifié pour refléter l'intention de la Commission de définir le mot établissement aussi largement que possible. On a craint que le libellé actuel puisse être interprété d'une manière qui limiterait l'établissement à une seule unité de négociation collective; [Nous soulignons.]

34 While the final language of s. 10 of the Guidelines is somewhat different from the September 1985 proposal, the two earlier proposed drafts, when read with the language ultimately found in s. 10, reflect a consistent intention: all employees subject to the same "common set of personnel and compensation policies, regulations and procedures", "common corporate policy", or "common personnel and wage policy", will be in the same establishment, regardless of whether those employees are subject to different collective agreements and regardless of whether they are in the same geographic location. No longer were geographically diverse businesses immunized from the definitional reach of "establishment" in s. 11 of the Act, if and when a common policy applied to them.

Même si le texte définitif de l'art. 10 de l'Ordonnance diffère quelque peu du texte proposé en septembre 1985, les deux projets de définition précédents, lus en corrélation avec le libellé définitif de l'art. 10, reflètent une intention constante : tous les employés visés par « un ensemble commun de directives, de règlements et de procédures [en matière de personnel et de rémunération] », une « politique générale commune » ou la « même politique en matière de personnel et de salaires » appartiennent au même établissement, peu importe qu'ils soient régis par des conventions collectives différentes ou qu'ils se trouvent ou non dans le même endroit géographique. Les entreprises géographiquement diversifiées n'étaient plus exclues de la portée de la notion d'« établissement » à l'art. 11 de la Loi, si elles étaient visées par une politique commune.

35 This, therefore, is the key refinement polished by s. 10 of the Guidelines: regardless of regional or geographical differences, or of differences in collective agreements, employees may nonetheless be found to be in the same establishment pursuant to s. 11 of the Act if they are subject to a common wage and personnel policy.

Il s'agit donc là de la principale précision apportée par l'art. 10 de l'Ordonnance : sans égard aux différences régionales ou géographiques ou aux divergences entre les conventions collectives, on peut conclure, selon l'art. 11 de la Loi, que les employés visés par la même politique en matière de salaires et de personnel font partie du même établissement.

(5) *Common Wage and Personnel Policy*

Given this interpretation of "establishment", the issue is whether an employer has actually put in place a common policy. The search for the "common personnel and wage policy" is a factual inquiry as to whether there is a common set of principles or a general approach taken by an employer to its employee/employer relationships, including collective bargaining. It is not, with respect, an inquiry into every term of every collective agreement or employment contract in search of a preponderance of either common or disparate terms. Moreover, given the nature of the collective bargaining process and the give and take inherent in it, the contents of the agreement may not entirely reflect the policies of the employer. The investigation, we repeat, is not so much into the collective agreements, as into those policies, methods and objectives of the employer itself, which could be considered a "common policy". A policy may be common, even if working conditions vary. If the common character of the policies, methods and objectives is established, a notional establishment consisting of various functions or occupational groups comes into existence, which is then used to identify the proper comparators for pay equity purposes.

The phrase "common personnel and wage policy" in s. 10 of the Guidelines is neither as complicated as Air Canada suggests, nor as restrictive. We would not adopt a pure test of control, which might become formalistic. Nor would we sanction the use, without more, of a notion of a "guiding mind", which could lead to the application of a pure corporate control test and, in effect, abrogate the legal requirement that there be an establishment. Nevertheless, the object of the inquiry remains the employer and the employment objectives it seeks to implement. The expression "a common personnel and wage policy" connotes the existence of core objectives which are achieved by establishing the working conditions of employees, including those

(5) *Politique commune en matière de salaires et de personnel*

36 En raison de cette interprétation de « établissement », il faut donc déterminer si l'employeur a effectivement mis en place une politique commune. La recherche de la « même politique en matière de personnel et de salaires » consiste en un examen factuel de la question de savoir s'il existe un ensemble commun de principes ou une ligne de conduite générale adoptée par l'employeur à l'égard de ses relations employeur-employés, y compris la négociation collective. Il ne s'agit pas, en toute déférence, d'examiner chaque modalité de chaque convention collective ou contrat de travail pour trouver une prépondérance de modalités communes ou distinctes. De plus, vu la nature du processus de négociation collective et les concessions mutuelles qu'il comporte, il est possible que le contenu de la convention ne reflète pas entièrement les politiques de l'employeur. L'enquête, nous le répétons, ne vise pas tant les conventions collectives que les politiques, méthodes et objectifs de l'employeur lui-même, que l'on pourrait considérer comme une « même politique ». Une politique peut ainsi être commune malgré des différences dans les conditions de travail. Si le caractère commun des politiques, méthodes et objectifs est établi, un établissement fictif comportant des fonctions ou groupes professionnels différents prend naissance, pour ensuite servir à dégager les éléments de comparaison appropriés pour la parité salariale.

37 Le sens de « même politique en matière de personnel et de salaires » à l'art. 10 de l'Ordonnance n'est ni aussi compliqué ni aussi restrictif que le prétend Air Canada. Nous ne voudrions pas adopter un simple critère abstrait de contrôle, qui risquerait de devenir formaliste. Nous ne voudrions pas non plus accepter, sans d'autres précisions, l'emploi de la notion d'âme dirigeante, qui pourrait conduire à l'application d'un simple critère abstrait de contrôle corporatif. L'emploi d'un tel critère abrogerait, en effet, l'exigence légale qu'il y ait un établissement. L'examen continue cependant de porter sur l'employeur et les objectifs en matière d'emploi qu'il entend mettre en œuvre. Le terme « même politique en matière de personnel et

governed by collective agreements. This is how the Commission has always interpreted "establishment", an approach common sense and legislative purpose combine to endorse. It is regrettable that Air Canada has resisted this pragmatic definition of "common personnel and wage policy" for almost 15 years, creating enormous expense for itself and the public, and intolerable delay in wage equity, should the flight attendants ultimately succeed.

de salaires » implique l'existence d'objectifs fondamentaux dont la réalisation dépend de l'établissement des conditions de travail de ses employés, y compris ceux qui sont régis par des conventions collectives. C'est dans ce sens que la Commission a toujours interprété la notion d'« établissement ». La combinaison du bon sens et de l'objectif législatif conforte cette interprétation. Il est regrettable qu'Air Canada résiste depuis près de 15 ans à cette définition pragmatique du terme « même politique en matière de personnel et de salaires », occasionnant ainsi d'énormes frais à elle-même et au public, ainsi qu'un retard intolérable sur le plan de la parité salariale dans l'éventualité où les agents de bord auraient finalement gain de cause.

38 The purpose of s. 10 of the Guidelines is to attach a pay equity obligation in relation to those employees comprised within a "policy unit". Where a group of employees is subject to such a common policy, the employer's responsibility under the Act is to ensure that equal pay for work of equal value is maintained, as between those employees, even if the work in different sectors is governed by separate collective agreements. On the other hand, where an employer has a business in which wage and personnel matters are dictated by different policies in different sectors, it is difficult to see how that employer would be required to ensure equal pay between those sectors.

Le but de l'art. 10 de l'Ordonnance est de rattacher une obligation de parité salariale à tous les employés faisant partie d'un [TRADUCTION] « groupe visé par une politique ». Lorsqu'un groupe d'employés est ainsi visé par une politique commune, la loi impose à l'employeur la responsabilité de veiller à la parité salariale entre ces employés, pour des fonctions équivalentes, même si les fonctions exécutées dans les différents secteurs sont régies par des conventions collectives distinctes. Par contre, si l'employeur a une entreprise où les questions de salaires et de personnel sont dictées par des politiques distinctes s'appliquant à différents secteurs, il est difficile de voir comment on pourrait exiger de lui qu'il pratique la parité salariale à l'égard de ces secteurs.

39 This is not to say that the terms of collective agreements are irrelevant, but only that their relevance is limited. The question is the existence of common policies and objectives governing the bargaining process on behalf of the employer. The nature of the underlying bargaining policy and of its impact and constraint on the bargaining process is of more salience than the actual terms ultimately negotiated. This is so particularly since, by their very nature, the terms of employment contracts and collective agreements will vary with the imperatives of the particular employee or bargaining unit. To use those differences as barriers to wage comparisons would thwart the very purpose of s. 11 of the Act, namely to determine whether

Cela ne signifie pas que les modalités des conventions collectives ne sont pas pertinentes, mais seulement que leur pertinence demeure limitée. La question qui se pose est celle de l'existence de politiques et objectifs communs régissant le processus de négociation pour le compte de l'employeur. La nature de la politique de négociation sous-jacente ainsi que de son incidence et de son effet contraignant sur le processus de négociation est plus significative que les modalités finalement négociées. Cela est d'autant plus vrai que, de par leur nature même, les modalités des contrats de travail et des conventions collectives varient selon les impératifs de l'employé ou de l'unité de négociation. Le recours à ces différences pour faire obstacle à des

differences in wages between male- and female-dominated bargaining units or job classifications are discriminatory.

If the inquiry were to focus on differences in the terms of collective agreements, as suggested by Air Canada, workplaces would be exempt from the very comparisons the Act contemplated. "Establishment" would be equated with "bargaining unit", thereby undermining the purpose of the Act, namely to determine whether wages paid to women reflect an underevaluation based on systemic discrimination resulting not only in occupational segregation, but also in diminished bargaining strength, and, likely, diminished wages and benefits. As this Court said in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 42, in the human rights context, an interpretation by which "the edifice of systemic discrimination receives the law's approval . . . cannot be right".

In the end, the interpretive approach advanced by Air Canada would turn collective bargaining into a tool to consolidate discriminatory practices. Freedom of association is a basic constitutional right protected by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The present methods of union certification and collective bargaining have been long and well established. Labour codes seek to give a large scope to the freedom of collective bargaining, in order to attain a degree of balance as well as of stability and peace in labour relations. Nevertheless, collective bargaining does not operate in a vacuum and labour agreements are not interpreted and applied in a void. They are constrained by a legal environment which, among other things, prohibits discriminatory practices (F. Morin and J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2nd ed. 2003), at pp. 973-77). Pay equity may well impact on the conduct or outcome of negotiations as part of a legal environment which parties must factor

comparaisons salariales irait à l'encontre de l'objet même de l'art. 11 de la Loi, qui consiste à déterminer si la disparité salariale entre des unités de négociation ou classes d'emploi à prédominance masculine et celles à prédominance féminine constitue un acte discriminatoire.

Si l'examen devait être axé sur les différences de 40
modalités qui existent entre les conventions collectives, comme le propose Air Canada, les milieux de travail seraient soustraits aux comparaisons mêmes que la Loi envisageait. Cela reviendrait à assimiler « établissement » à « unité de négociation », ce qui minerait l'objet de la Loi, qui consiste à déterminer si les salaires versés aux femmes témoignent d'une sous-évaluation fondée sur une discrimination systémique entraînant non seulement un cloisonnement professionnel, mais aussi une diminution du pouvoir de négociation et, vraisemblablement, des salaires et des avantages sociaux. Comme la Cour l'a indiqué dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 42, dans le contexte des droits de la personne, une interprétation selon laquelle « l'institution de la discrimination systémique reçoit l'approbation de la loi [. . .] n'est pas acceptable ».

En définitive, l'interprétation proposée par Air 41
Canada transformerait la négociation collective en outil de renforcement des pratiques discriminatoires. La liberté d'association constitue un droit fondamental garanti par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les méthodes actuelles d'accréditation syndicale et de négociation collective existent depuis longtemps et sont bien établies. Les codes du travail visent à conférer une grande portée à la liberté de négociation collective, de manière à assurer un certain degré d'équilibre, de stabilité et de paix sur le plan des relations de travail. La négociation collective ne s'effectue toutefois pas en vase clos et les conventions de travail ne sont ni interprétées ni appliquées dans le vide. Elles sont circonscrites par un environnement juridique qui interdit notamment les pratiques discriminatoires (F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2e éd. 2003), p. 973-977). La parité salariale peut très bien avoir une incidence

into the collective bargaining process. Human rights principles often become part of collective agreements, explicitly or implicitly (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42).

sur la conduite ou l'issue des négociations en tant que partie intégrante d'un environnement juridique que les parties doivent prendre en considération dans le processus de négociation collective. Les principes en matière de droits de la personne font souvent partie des conventions collectives, explicitement ou implicitement (*Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42).

42 Moreover, because "establishment" is merely a threshold issue, it cannot have been intended to be the subject of protracted investigation into the terms of the myriad agreements, manuals, policies and guidelines by which employees are governed. It is by no means clear what the harvest of the comparison will eventually be. The details of collective agreements and other specific features of the employment relationship are more relevant when the actual comparisons are made, rather than being used to thwart the possibility of those comparisons. Finding and evaluating the proper comparators belongs to the core functions of the Commission and of the Tribunal.

En outre, en raison du caractère préliminaire de la question de « l'établissement », on ne peut avoir eu l'intention de l'assujettir à un examen prolongé des modalités de la multitude de conventions, manuels, politiques et directives qui régissent les employés. On ne saurait affirmer avec certitude quels seront les fruits de la comparaison. Les détails des conventions collectives et les autres caractéristiques particulières de la relation de travail sont plus pertinents une fois que les comparaisons sont effectuées qu'au cours d'un exercice destiné à rendre celles-ci impossibles. La recherche et l'appréciation des éléments de comparaison appropriés font partie des fonctions essentielles de la Commission et du Tribunal.

43 Based on the common wage and personnel policies applicable to the employees in the three groups, we are of the view that they work in the same establishment, as the Federal Court of Appeal held. Sufficient indicia demonstrate the existence of a common wage and personnel policy, which applies to the three bargaining units. Factors may vary from one employer to another. In the case of Air Canada, despite the structure and history of its labour relations, the three units make up an establishment within the meaning of s. 11 of the Act.

Compte tenu des politiques communes en matière de salaires et de personnel applicables aux employés des trois groupes, nous concluons, comme la Cour d'appel fédérale, qu'ils travaillent dans le même établissement. Il existe suffisamment d'indices démontrant que les trois unités de négociation sont visées par la même politique en matière de personnel et de salaires. Les facteurs peuvent varier d'un employeur à l'autre. Dans le cas d'Air Canada, malgré la structure et l'historique de ses relations de travail, les trois unités constituent l'établissement au sens de l'art. 11 de la Loi.

44 The Federal Court of Appeal found that the policy statements of Air Canada established a common set of general policies in respect of the management of its labour relations, informing the particular relations with each group of employees. These statements reflected a common approach to collective bargaining, the administration of labour contracts and methods of communication

La Cour d'appel fédérale a jugé que les énoncés de politique d'Air Canada ont établi un ensemble commun de directives générales relatives à la gestion de ses relations de travail. Ces politiques générales constituaient le fondement des relations particulières avec chaque groupe d'employés. Elles reflétaient une approche commune pour la négociation collective, l'administration des contrats de

with unions and employees. Air Canada also took care to safeguard common negotiation strategies and concerns, as appears from the document "Air Canada's Labour Relations Policy and Principles", of May 22, 1991. Agreements differed. Common policies may have been implemented in different ways, but common policies remained in place and, as a result, there is an establishment made up of, among others, pilots, mechanics and flight attendants. The relevant comparators may properly be sought in this establishment.

travail et les méthodes de communication avec les syndicats et les employés. Air Canada veillait également à préserver l'intégrité des stratégies et préoccupations communes en matière de négociation, comme il ressort du document [TRADUCTION] « Politique et principes d'Air Canada en matière de relations de travail » du 22 mai 1991. Les conventions différaient. Bien que mises en place de façon diverse, les politiques communes sont demeurées en vigueur. En conséquence, les pilotes, les mécaniciens et les agents de bord, entre autres, forment un établissement. On peut, à juste titre, chercher les éléments de comparaison pertinents à l'intérieur de celui-ci.

IV. Disposition

Accordingly, the appeal is dismissed with costs throughout. Because this disposes of the preliminary question assigned by the Commission to the Tribunal, the matter is remitted to the Commission for the continuation of its pay equity investigation.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent the Canadian Human Rights Commission: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Canadian Union of Public Employees (Airline Division): Caley & Wray, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canada Post Corporation: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

IV. Dispositif

Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens devant toutes les cours. Étant donné que la question préliminaire soumise par la Commission au Tribunal est tranchée, l'affaire est renvoyée devant la Commission pour qu'elle poursuive son enquête sur l'équité salariale. 45

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le Syndicat canadien de la fonction publique (Division du transport aérien) : Caley & Wray, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Postes Canada : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier : Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federally Regulated Employers — Transportation and Communication: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenant les Employeurs des transports et communications de régie fédérale : Torys, Toronto.

Isidore Garon ltée *Appellant*

v.

Syndicat du bois ouvré de la région de Québec inc. (C.S.D.) *Respondent*

and

Jean-Pierre Tremblay, in his capacity as grievances arbitrator *Intervener*

- and -

Fillion et Frères (1976) inc. *Appellant*

v.

Syndicat national des employés de garage du Québec inc. (C.S.D.) *Respondent*

INDEXED AS: ISIDORE GARON LTÉE *v.* TREMBLAY; FILLION ET FRÈRES (1976) INC. *v.* SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE GARAGE DU QUÉBEC INC.

Neutral citation: 2006 SCC 2.

File Nos.: 30171, 30172.

2005: February 16; 2006: January 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Grievances — Jurisdiction of arbitrator — Notice of termination — Incorporation of general law rules into collective agreement — Unionized employees laid off after business closed — Notice of termination of employment complying with minimum statutory employment standards — Grievances claiming additional termination pay based on general law — Whether arbitrators have jurisdiction to determine whether notice given meets requirements of Civil Code of Québec — Whether notice of termination provided for in art. 2091 of Civil Code of Québec applies to collective

Isidore Garon ltée *Appelante*

c.

Syndicat du bois ouvré de la région de Québec inc. (C.S.D.) *Intimé*

et

Jean-Pierre Tremblay, en qualité d'arbitre de griefs *Intervenant*

- et -

Fillion et Frères (1976) inc. *Appelante*

c.

Syndicat national des employés de garage du Québec inc. (C.S.D.) *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ISIDORE GARON LTÉE *c.* TREMBLAY; FILLION ET FRÈRES (1976) INC. *c.* SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE GARAGE DU QUÉBEC INC.

Référence neutre : 2006 CSC 2.

N^{os} du greffe : 30171, 30172.

2005 : 16 février; 2006 : 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations de travail — Griefs — Compétence de l'arbitre — Délai de congé — Incorporation des règles de droit commun dans la convention collective — Employés syndiqués mis à pied à la suite d'une fermeture d'entreprise — Avis de cessation d'emploi respectant les normes minimales de travail prévues par la loi — Griefs réclamant une indemnité de départ additionnelle fondée sur le droit commun — Les arbitres ont-ils compétence pour déterminer si les préavis donnés satisfont aux exigences du Code civil du Québec? — Le délai de congé prévu à l'art. 2091 du Code civil du Québec s'applique-t-il au

labour relations scheme — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2091, 2092.

G and F notified their employees that they would cease operating their businesses and gave each of them a notice that complied with the time requirement established by the *Act respecting labour standards* ("*A.L.S.*"). There was no clause in either collective agreement dealing with the closing of the business, although G's agreement did provide that the employer had to give notice as provided for in the *A.L.S.* in the event of a layoff for more than six months. By way of grievances, the unions representing both groups of employees contended that the notice of termination was not given in reasonable time within the meaning of art. 2091 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*") and claimed compensation equivalent to four weeks' salary per year of service for each employee. The arbitrators dismissed the employers' preliminary objections, finding that they had jurisdiction to decide the grievances and to determine whether the notice given met the requirements of arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* In the Superior Court, F's application for judicial review was allowed, while G's was dismissed. The Court of Appeal set aside the first Superior Court decision and affirmed the second. It concluded that the arbitrators had jurisdiction to hear the grievances because the rule set out in arts. 2091 and 2092 had been implicitly incorporated into the collective agreements.

Held (McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Bastarache, Binnie, Deschamps and Charron JJ.: If a rule is incompatible with the collective labour relations scheme, it cannot be incorporated into the collective agreement and must be disregarded. If the rule is found to be compatible and if it is a supplementary or mandatory norm, the arbitrator will have jurisdiction to apply it. The fact that individual contracts are subordinate to the collective scheme allows collective interests to be reconciled with individual interests in situations where it is possible for the latter to subsist without hindering the proper conduct of collective relations. The mechanism of incorporating compatible mandatory norms and the use of implicit conditions ensure that the collective scheme is a coherent legal scheme. Thus, not everything set out in the *C.C.Q.* is implicitly incorporated into collective agreements — only that which is compatible. [24-30]

In this case, the arbitrators do not have jurisdiction to hear the grievances filed by the unions. There are three reasons why the rule in art. 2091 *C.C.Q.* is incompatible with the collective labour relations scheme. First, the

régime collectif du travail? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2091, 2092.

G et F avisent leurs employés qu'elles cesseront d'exploiter leur entreprise et donnent à chacun d'eux des préavis qui respectent les délais fixés par la *Loi sur les normes du travail* (« *L.n.t.* »). Les conventions collectives ne comportent aucune clause régissant la fermeture d'entreprise, mais celle de G précise que l'employeur doit donner les préavis prévus par la *L.n.t.* en cas de mise à pied pour plus de six mois. Par voie de griefs, les syndicats représentant les deux groupes de salariés prétendent que le délai des préavis n'est pas raisonnable au sens de l'art. 2091 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») et réclament une indemnité de quatre semaines par année de service pour chacun des employés. Les arbitres rejettent les objections préliminaires des employeurs en concluant qu'ils ont compétence pour trancher les griefs et pour déterminer si les préavis donnés satisfont aux exigences des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* En Cour supérieure, la demande de révision judiciaire de F est accueillie, alors que celle de G est rejetée. La Cour d'appel infirme la première décision de la Cour supérieure et confirme la deuxième. Elle conclut que les arbitres ont compétence pour entendre les griefs puisque la règle prévue aux art. 2091 et 2092 est incorporée implicitement dans les conventions collectives.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis.

Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps et Charron : Si une règle est incompatible avec le régime collectif des relations de travail, elle ne peut être incorporée dans la convention collective et elle doit être exclue. Si elle s'avère compatible et qu'il s'agit d'une norme supplétive ou impérative, l'arbitre aura compétence pour l'appliquer. La subordination du contrat individuel au régime collectif permet de réconcilier les intérêts collectifs avec les intérêts individuels là où ces derniers peuvent subsister sans entraver la bonne marche des relations collectives. Par le mécanisme de l'incorporation des normes impératives compatibles et le recours aux conditions implicites, le régime collectif forme un ensemble juridique cohérent. Tout ce qui est inscrit au *C.c.Q.* n'est donc pas incorporé implicitement dans la convention collective — seulement ce qui est compatible. [24-30]

En l'espèce, les arbitres ne sont pas compétents pour entendre les griefs déposés par les syndicats. Il existe trois raisons pour lesquelles la règle de l'art. 2091 *C.c.Q.* n'est pas compatible avec le régime

conditions of employment of unionized employees are bargained collectively in advance by the union and the employer, while the notice provided for in the *C.C.Q.* is agreed on as an individual matter when employment is terminated. Notice of termination is undeniably a condition of employment, and apart from the minimum standards laid down by the *A.L.S.*, its length is a matter to be determined in the bargaining process between the union and the employer. The parties' failure to specify in the collective agreement what will happen if the business closes does not make the general law relating to individual contracts of employment applicable. The consensual aspect and individual nature of the art. 2091 notice of termination and the time when its sufficiency is determined, namely after the employment is terminated, are three essential features of the *C.C.Q.*'s rule that show that it is incompatible with the collective scheme. Second, the right of employees to claim reasonable notice of termination under the general law is the counterpart of the employer's right to terminate the employment relationship by providing pay in lieu of notice, without having to show good and sufficient cause. Since the employer's right to dismiss is limited in the collective labour relations context and reinstatement is the most common remedy, it follows that the employee's right under art. 2091 to reasonable notice is inapplicable. Lastly, the legislative history of art. 2091 also leads to the conclusion that the legislature did not intend to incorporate the notice provided for in the article into the collective scheme. The proposal made before the *C.C.Q.* was enacted that the new Code serve as the general framework for all labour relations, whether individual or collective, was rejected. The courts should not impose their vision where the legislature has chosen not to impose the rule set out in art. 2091 *C.C.Q.* in the context of the collective scheme. [9] [32] [35-47] [51-57]

Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. (dissenting): Although the certification of a union in a company transforms the dynamics of labour relations, as employees lose their freedom of contract, this does not mean that the rules of the *C.C.Q.* regarding individual contracts of employment cease to apply and are no longer part of the implicit content of the collective agreement. An individual contract continues to exist after a union is certified and a collective agreement is in place. Because labour legislation, as prolix and complex as it may be, does not cover all aspects of labour relations, even in a collective context, the rules of the *C.C.Q.* supplement that legislation and make up for any silences or gaps in the collective agreement. The rights arising out of an collectif de travail. Premièrement, les conditions de travail des employés syndiqués sont négociées collectivement d'avance par le syndicat et l'employeur, alors que le préavis prévu par le *C.c.Q.* est convenu de façon individualisée lors de la cessation d'emploi. Le délai de congé constitue indéniablement une condition de travail et outre les normes minimales édictées par la *L.n.t.*, sa durée est une matière qui doit être déterminée dans le cadre des négociations entre le syndicat et l'employeur. Le fait que les parties aient omis de stipuler dans la convention collective les conséquences de la fermeture de l'entreprise n'a pas pour effet de rendre applicable le droit commun en matière de contrats individuels de travail. L'aspect consensuel du délai de congé de l'art. 2091, la nature individuelle de celui-ci et le moment de la détermination de son caractère suffisant, soit après la cessation d'emploi, sont trois éléments essentiels de la règle du *C.c.Q.* qui font ressortir son incompatibilité avec le régime collectif. Deuxièmement, le droit des employés de réclamer un délai de congé raisonnable en vertu du droit commun est la contrepartie du droit de l'employeur de mettre fin au lien d'emploi en payant le préavis, sans devoir fournir de cause juste et suffisante. Puisqu'en matière de rapports collectifs de travail, l'employeur est limité dans son droit de congédier et que la réintégration est la réparation la plus courante, il s'ensuit que le droit de l'employé au préavis raisonnable de l'art. 2091, est inapplicable. Enfin, l'historique législatif de l'art. 2091 permet aussi de conclure que le législateur n'a pas voulu intégrer au régime collectif le délai de congé prévu à cette disposition. La proposition avancée avant l'adoption du *C.c.Q.*, selon laquelle le nouveau Code devrait servir de cadre général à toutes les relations de travail, individuelles ou collectives, a été rejetée. Les tribunaux ne devraient pas imposer leur vision là où le législateur a choisi de ne pas imposer la règle de l'art. 2091 *C.c.Q.* au régime collectif. [9] [32] [35-47] [51-57]

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish (dissidents) : Bien que l'accréditation d'un syndicat dans une entreprise transforme la dynamique des relations de travail en écartant la liberté contractuelle des salariés, cela ne signifie pas que les règles du *C.c.Q.* sur le contrat individuel de travail cessent de s'appliquer et ne forment plus des parties du contenu implicite de la convention collective. Un contrat individuel survit à l'accréditation d'un syndicat et au régime de la convention collective. Puisque les lois du travail, en dépit de leur prolixité et de leur complexité, ne couvrent pas tous les aspects des relations de travail, même lorsqu'elles se situent dans un cadre collectif, le régime du *C.c.Q.* les complète et supplée aux

individual contract of employment and the rights protected by the collective scheme can be harmonized in a manner consistent with the hierarchy of legal rules. [115] [133] [140] [175]

In principle, the collective agreement contains all the conditions of employment expressly included by the parties during the collective bargaining process, but the parties' ability to freely negotiate the substantive standards that will govern them is limited by the obligation to respect, or incorporate into the agreement, the rights and values protected by the charters and the legal rules imposed by the legislature, including certain general principles of law, particularly those that are of public order. There are several Quebec statutes containing labour law provisions that are of public order, including the *A.L.S.*, which sets out minimum standards that all collective agreements must meet, and the *C.C.Q.* Under arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.*, an employee is entitled to reasonable notice of termination and may not renounce that right. Since arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are of directive public order and since the collective agreement cannot contain provisions that are contrary to public order (s. 62 of the *Labour Code*), an arbitrator hearing a grievance on such a matter must assess the sufficiency of the compensation paid in lieu of notice of termination in light of the *C.C.Q.* [141] [177] [190]

Here, the arbitrators appointed in the two cases have jurisdiction to hear the grievances. There is nothing to prevent employees governed by a collective agreement from being entitled to reasonable notice under the *C.C.Q.* Far from being incompatible with the collective labour law scheme, arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* supplement it and provide a remedy to employees who lose their jobs without being adequately compensated by their employer. Two situations can arise. Where, as in G's case, the collective agreement contains a provision referring to the notice of termination to which employees will be entitled if the business closes or in some other situation, the arbitrator must determine whether the measure provided for in the agreement (here, the reference to the notice of termination provided for in the *A.L.S.*) complies with art. 2091. If the arbitrator finds that the union's grievance is justified, the arbitrator can then require the notice of termination that he or she considers reasonable. Where, on the other hand, as in F's case, the agreement is silent about the compensation in lieu of notice of termination to be paid to employees if the business closes, the arbitrator must determine whether, having regard to art. 2091, the minimum notice of termination provided for in s. 82 *A.L.S.* is sufficient or whether the circumstances of the case call for a longer period. [189] [192-193]

silences ou aux lacunes des conventions collectives. Les droits découlant du contrat individuel d'emploi et ceux protégés par le régime collectif peuvent s'harmoniser dans le respect de la hiérarchie des règles de droit. [115] [133] [140] [175]

En principe, la convention collective contient l'ensemble des conditions de travail incluses expressément par les parties lors de la négociation collective, mais la faculté des parties de négocier librement les normes substantielles les régissant est restreinte par l'obligation de respecter ou d'incorporer à la convention les droits ou les valeurs protégés par les chartes et les règles de droit imposées par le législateur, y compris certains principes généraux du droit commun, notamment ceux qui ont un caractère d'ordre public. Plusieurs lois québécoises contiennent des dispositions relatives au droit du travail qui sont d'ordre public, dont la *L.n.t.*, qui énonce des seuils minimums que toute convention collective doit respecter, et le *C.c.Q.* En vertu des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.*, le salarié jouit du droit à un délai de congé raisonnable et il ne peut renoncer à ce droit. Puisque les art. 2091 et 2092 sont d'ordre public de direction et que la convention collective ne peut contenir de dispositions qui contreviennent à l'ordre public (art. 62 du *Code du travail*), l'arbitre doit, lorsqu'il est saisi d'un grief à cet effet, évaluer la suffisance des indemnités tenant lieu de délai de congé au regard du *C.c.Q.* [141] [177] [190]

En l'espèce, les arbitres désignés dans les deux affaires sont compétents pour entendre les griefs. Rien ne s'oppose à ce que des salariés assujettis à une convention collective puissent bénéficier du droit au préavis raisonnable prévu au *C.c.Q.* Loin d'être incompatibles avec le régime collectif de droit du travail, les art. 2091 et 2092 le complètent et offrent un recours aux salariés qui perdent leur emploi sans que leur employeur les indemnise adéquatement. Deux situations sont susceptibles de se présenter. Lorsque la convention collective contient, comme dans le cas de G, une disposition prévoyant le délai de congé auquel les salariés auront droit advenant la fermeture de l'entreprise ou une autre situation donnée, l'arbitre doit évaluer si la mesure prévue à la convention (ici, le renvoi aux délais de congé de la *L.n.t.*) est conforme à l'art. 2091. S'il conclut au bienfondé du grief du syndicat, il peut alors imposer un délai de congé qu'il estime raisonnable. Si par contre, comme dans le cas de F, la convention collective est muette quant à l'indemnité tenant lieu de délai de congé à verser aux salariés advenant la fermeture de l'entreprise, l'arbitre doit évaluer si, au regard de l'art. 2091, le délai de congé minimum prévu à l'art. 82 *L.n.t.* est suffisant ou si les circonstances de l'espèce militent en faveur d'une durée plus longue. [189] [192-193]

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, aff'g [1998] R.J.Q. 2270; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Standard Broadcasting Corp. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Graphic Communications Union Local 255-C v. Quebecor Jasper Printing Ltd.* (2002), 333 A.R. 204, 2002 ABQB 959; *Asbestos Corp. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86.

By LeBel J. (dissenting)

Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, conf. [1998] R.J.Q. 2270; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Graphic Communications Union Local 255-C c. Quebecor Jasper Printing Ltd.* (2002), 333 A.R. 204, 2002 ABQB 959; *Asbestos Corp. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*,

2 S.C.R. 983; *Association catholique des institutrices du district n° 16 Inc. v. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse de St-Athanase*, [1947] B.R. 703; *Quebec (Commission des normes du travail) v. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330; *Tremblay v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 S.C.R. 627, 2002 SCC 44; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Dupré Quarries Ltd. v. Dupré*, [1934] S.C.R. 528; *Rock Forest (Ville) v. Gosselin*, [1991] R.J.Q. 1000; *Schacter v. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse*, [1997] R.J.Q. 1828; *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting collective agreement decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 11.

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, ss. 4, 256, 257, 259.

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, ss. 1(4), (7), (10), 40, 52, 55, 60, 78, 82, 83, 93, 94, 128.

Act respecting occupational health and safety, R.S.Q., c. S-2.1, ss. 4, 227.

Act to add the reformed law of obligations to the Civil Code of Québec, Draft Bill, 2nd Sess., 33rd Leg., 1988, art. 2157.

Act to amend the Act respecting labour standards and other legislative provisions, S.Q. 2002, c. 80, s. 49.

Act to secure handicapped persons in the exercise of their rights with a view to achieving social, school and workplace integration, R.S.Q., c. E-20.1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12.

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 41 to 50.

Civil Code of Lower Canada, art. 1668.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, preliminary provision, arts. 9, 11 *et seq.*, 1373, 1377 *et seq.*, 1385, 1386, 1388, 1417, 1418, 1426, 1434, 1439, 2091, 2092, 2085 to 2097.

Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, ss. 41.3, 41.4.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(*a*), (*d*), (*f*), (*k*), (*l*), 21, 22, 32, 41, 43, 45, 47, 47.2, 53, 58, 62, 63 to 67, 100.12, (*a*), (*f*), 100 to 102, 107, 109, 139, 139.1, 140.

Minimum Wage Act, R.S.Q., c. S-1.

[1989] 2 R.C.S. 962; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Association catholique des institutrices du district n° 16 Inc. c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse de St-Athanase*, [1947] B.R. 703; *Québec (Commission des normes du travail) c. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330; *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 R.C.S. 627, 2002 CSC 44; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528; *Rock Forest (Ville) c. Gosselin*, [1991] R.J.Q. 1000; *Schacter c. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse*, [1997] R.J.Q. 1828; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 41 à 50.

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

Code civil du Bas Canada, art. 1668.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, disposition préliminaire, art. 9, 11 et suiv., 1373, 1377 et suiv., 1385, 1386, 1388, 1417, 1418, 1426, 1434, 1439, 2091, 2092, 2085 à 2097.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1*a*), *d*), *f*), *k*), *l*), 21, 22, 32, 41, 43, 45, 47, 47.2, 53, 58, 62, 63 à 67, 100.12, *a*), *f*), 100 à 102, 107, 109, 139, 139.1, 140.

Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale, L.R.Q., ch. E-20.1.

Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.3, 41.4.

Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2002, ch. 80, art. 49.

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations, avant-projet de loi, 1re sess., 33e lég., 1987, art. 2157.

Loi sur la fête nationale, L.R.Q., ch. F-1.1.

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., ch. F-3.1.1.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., ch. S-2.1, art. 4, 227.

Loi sur le salaire minimum, L.R.Q., ch. S-1.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 4, 256, 257, 259.

National Holiday Act, R.S.Q., c. F-1.1.
Public Service Act, R.S.Q., c. F-3.1.1.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Béliveau, Nathalie-Anne. *Les normes du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Bich, Marie-France. "Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996, 189.

Bich, Marie-France. "Du contrat individuel de travail en droit québécois: essai en forme de point d'interrogation" (1986), 17 *R.G.D.* 85.

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.

Doucet, René. "La résiliation du contrat de travail en droit québécois" (1974), 9 *R.J.T.* 249.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Ste-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1991.

Laporte, Pierre. *La réintégration du salarié: Nouvelles perspectives*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1995.

McLeod, Neil R. "Severance Pay at Arbitration: A Union Viewpoint", in William Kaplan et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 1998*. Toronto: Butterworths – Lancaster House, 1998, 269.

Morin, Fernand. "Effets combinatoires de deux codes: *Code du travail* et *Code civil du Québec*" (1994), 49 *Relat. ind.* 227.

Morin, Fernand. "Le contrat de travail: fiction et réalité!", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 179.

Morin, Fernand. "Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound*", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004, 29.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2003.

Nadeau, Denis. "L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats: assises d'une fragmentation" (2004), 64 *R. du B.* 161.

Otis, Louise. "L'ordre public dans les relations de travail" (1999), 40 *C. de D.* 381.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un*

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., ch. D-2, art. 11.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 1(4), (7), (10), 40, 52, 55, 60, 78, 82, 83, 93, 94, 128.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Béliveau, Nathalie-Anne. *Les normes du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Bich, Marie-France. « Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996, 189.

Bich, Marie-France. « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation » (1986), 17 *R.G.D.* 85.

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.

Doucet, René. « La résiliation du contrat de travail en droit québécois » (1974), 9 *R.J.T.* 249.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1991.

Laporte, Pierre. *La réintégration du salarié : Nouvelles perspectives*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1995.

McLeod, Neil R. « Severance Pay at Arbitration : A Union Viewpoint », in William Kaplan et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 1998*. Toronto : Butterworths – Lancaster House, 1998, 269.

Morin, Fernand. « Effets combinatoires de deux codes : *Code du travail* et *Code civil du Québec* » (1994), 49 *Relat. ind.* 227.

Morin, Fernand. « Le contrat de travail : fiction et réalité! », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 179.

Morin, Fernand. « Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound* », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 29.

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2003.

Nadeau, Denis. « L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation » (2004), 64 *R. du B.* 161.

mouvement de société, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.
Verge, Pierre. "Faut-il 'nommer' le contrat de travail?" (1988), 29 *C. de D.* 977.
Verge, Pierre. "Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec*: pertinence ou impertinence?" (1993), 24 *R.G.D.* 237.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rothman and Rousseau-Houle JJ.A. and Biron J. (*ad hoc*)), [2004] R.J.Q. 58, [2004] R.J.D.T. 15, [2003] Q.J. No. 18478 (QL), affirming a decision of Martin J., D.T.E. 2001T-220, dismissing an application for judicial review of an interim arbitration decision, [2001] R.J.D.T. 304. Appeal allowed, McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rothman and Rousseau-Houle JJ.A. and Biron J. (*ad hoc*)), [2003] Q.J. No. 18474 (QL), SOQUIJ AZ-50210482, reversing a decision of Alain J., [2001] R.J.Q. 700, [2001] R.J.D.T. 615, [2001] Q.J. No. 1169 (QL), allowing an application for judicial review of an interim arbitration decision. Appeal allowed, McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting.

Robert Dupont, *Suzanne Thibaudeau* and *Laurent Lesage*, for the appellant Isidore Garon ltée.

Guy Dion, *Jasmin Marcotte*, *Sébastien Gobeil* and *Benoît Mailloux*, for the appellant Fillion et Frères (1976) inc.

Georges Marceau and *Johanne Drolet*, for the respondents.

No one appeared for the intervener.

English version of the judgment of Bastarache, Binnie, Deschamps and Charron JJ. delivered by

1 DESCHAMPS J. — A number of unionized employees who had been dismissed filed a grievance in which they claimed termination pay under

Otis, Louise. « L'ordre public dans les relations de travail » (1999), 40 *C. de D.* 381.
Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et II. Québec : Publications du Québec, 1993.
Verge, Pierre. « Faut-il "nommer" le contrat de travail? » (1988), 29 *C. de D.* 977.
Verge, Pierre. « Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec* : pertinence ou impertinence? » (1993), 24 *R.G.D.* 237.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rothman, Rousseau-Houle et Biron (*ad hoc*)), [2004] R.J.Q. 58, [2004] R.J.D.T. 15, [2003] J.Q. nº 18478 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Martin, D.T.E. 2001T-220, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision arbitrale intérimaire, [2001] R.J.D.T. 304. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rothman, Rousseau-Houle et Biron (*ad hoc*)), [2003] J.Q. nº 18474 (QL), SOQUIJ AZ-50210482, qui a infirmé un jugement du juge Alain, [2001] R.J.Q. 700, [2001] R.J.D.T. 615, [2001] J.Q. nº 1169 (QL), qui avait accueilli une requête en révision judiciaire d'une décision arbitrale intérimaire. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Robert Dupont, *Suzanne Thibaudeau* et *Laurent Lesage*, pour l'appelante Isidore Garon ltée.

Guy Dion, *Jasmin Marcotte*, *Sébastien Gobeil* et *Benoît Mailloux*, pour l'appelante Fillion et Frères (1976) inc.

Georges Marceau et *Johanne Drolet*, pour les intimés.

Personne n'a comparu pour l'intervenant.

Le jugement des juges Bastarache, Binnie, Deschamps et Charron a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Des employés syndiqués licenciés déposent un grief dans lequel ils réclament une indemnité de départ fondée sur

art. 2091 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"). The employer had given notice of termination of employment in accordance with s. 82 of the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 ("*A.L.S.*"). The issue is whether art. 2091 *C.C.Q.* applies to the collective labour relations scheme. For the reasons set out below, my opinion is that it does not.

1. Facts

The appellants in both cases before us closed their businesses. On November 24, 1997, Fillion et Frères (1976) inc. ("Fillion") notified all its employees that it would cease operating its car dealership by January 16, 1998 at the latest; some of the employees' jobs were to be terminated on December 19, 1997 and the rest on January 16, 1998. The collective agreement then in effect at Fillion did not provide for what would happen if the business closed. On April 15, 1999, Isidore Garon ltée ("Garon") informed all its employees that it would close its hardware business on June 19, 1999 due to financial problems. There was no clause in Garon's collective agreement dealing with the closing of the business; however, the agreement did provide that, in the event of a layoff for more than six months, the employer would have to give notice as provided for in the *A.L.S.*

The notice given by both employers complied with the time requirement established by s. 82 *A.L.S.* However, the unions representing both groups of employees claimed that the notice of termination was not given in reasonable time within the meaning of art. 2091 *C.C.Q.* They claimed compensation equivalent to four weeks' salary per year of service for each employee.

2. Decisions Below

Before the arbitrators, the employers made some preliminary objections. They argued that the arbitrators had no jurisdiction to decide the grievances absent a connection with the collective agreement. In their interim decisions, the arbitrators found that they had jurisdiction to determine whether

l'art. 2091 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). L'employeur a donné un avis de cessation d'emploi conforme à l'art. 82 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« *L.n.t.* »). La question est posée : l'art. 2091 *C.c.Q.* s'étend-il au régime collectif du travail? Pour les motifs qui suivent, la réponse est, à mon avis, négative.

1. Faits

2 Dans les deux cas qui nous sont soumis, les appelantes ferment leur entreprise. Le 24 novembre 1997, Fillion et Frères (1976) inc. (« Fillion ») avise tous ses employés qu'elle cessera d'exploiter sa concession d'automobiles au plus tard le 16 janvier 1998; la cessation d'emploi de certains salariés est prévue pour le 19 décembre 1997 et, pour les autres, le 16 janvier 1998. La convention collective alors en vigueur chez Fillion ne prévoit rien en cas de fermeture de l'entreprise. De son côté, le 15 avril 1999, Isidore Garon ltée (« Garon ») annonce à l'ensemble de ses salariés qu'elle fermera son commerce de quincaillerie le 19 juin 1999 en raison de difficultés financières. La convention collective de Garon ne comporte pas de clause régissant la fermeture de l'entreprise; elle précise toutefois que, en cas de mise à pied pour plus de six mois, l'employeur devra donner les préavis prévus par la *L.n.t.*

3 Les préavis donnés par les deux employeurs respectent les délais fixés par l'art. 82 *L.n.t.* Les syndicats représentant les deux groupes de salariés prétendent cependant que ce délai n'est pas raisonnable au sens de l'art. 2091 *C.c.Q.* Ils réclament une indemnité de quatre semaines par année de service pour chacun des employés.

2. Instances inférieures

4 Devant les arbitres, les employeurs soulèvent des objections préliminaires. Ils plaident que l'arbitre n'a pas compétence pour trancher le grief en l'absence d'un rattachement à la convention collective. Dans leurs décisions arbitrales intérimaires, les arbitres concluent qu'ils ont compétence pour

the notice given met the requirements of arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* Denis Tremblay, the arbitrator who heard the grievance against Fillion, relied on *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967. He found that the *C.C.Q.* can complement the collective agreement where the agreement is silent on a matter that concerns the employees and their employer. Jean-Pierre Tremblay, the arbitrator who heard the grievance filed by Garon's employees, found that he could determine whether the reference in clause 8.02(c) of the collective agreement to the notice provided for in s. 82 *A.L.S.*, and the nine weeks' notice of termination given by the employer, met the reasonableness test in arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* ([2001] R.J.D.T. 304).

5 The appellants applied for judicial review of the interim arbitration decisions. Fillion's application was allowed, while Garon's was dismissed. The different outcomes can be attributed to differences between the collective agreements in question. Alain J. quashed the arbitration decision rendered in the Fillion case ([2001] R.J.Q. 700). In his opinion, since the collective agreement was silent regarding the closing of the business and notice of termination, the grievance was not arbitrable, as the effect of *Weber* and *O'Leary* was not to give grievances arbitrators jurisdiction over disputes not arising out of the interpretation and application of the collective agreement. He said that an arbitrator will have the power to interpret a statute pursuant to s. 100.12 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("*L.C.*"), only where there is an arbitrable grievance. Accordingly, the arbitrator could not interpret arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* to settle the dispute between the parties because he did not have jurisdiction to hear the grievance. In the Garon case, Martin J. declined to quash the arbitrator's interim decision (D.T.E. 2001T-220). He relied on the clause in the collective agreement referring to the provisions of the *A.L.S.* in the event of a layoff for more than six months, and he found that the grievance arose out of the interpretation and application of the collective agreement and that s. 100.12 *L.C.* allows an arbitrator to rely on a law of general application, such as the *C.C.Q.*, to decide a grievance. Both judgments were appealed.

déterminer si les préavis donnés satisfont aux exigences des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* L'arbitre Denis Tremblay, saisi du grief déposé contre Fillion, se fonde sur les arrêts *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967. Il considère que le *C.c.Q.* peut suppléer au silence de la convention collective sur une question qui intéresse les salariés et leur employeur. Quant à l'arbitre Jean-Pierre Tremblay, saisi du grief des employés de Garon, il estime qu'il peut déterminer si le renvoi aux délais de l'art. 82 *L.n.t.* dans la clause 8.02c) de la convention collective et si le délai de congé de neuf semaines donné par l'employeur répondent au critère de raisonnabilité des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* ([2001] R.J.D.T. 304).

Les appelantes demandent la révision judiciaire des décisions arbitrales intérimaires. La demande de Fillion est accueillie alors que celle de Garon est rejetée. Ces résultats divergents sont attribuables aux différences entre les conventions collectives en cause. Le juge Alain casse la décision arbitrale rendue dans le dossier Fillion ([2001] R.J.Q. 700). Selon lui, vu le silence de la convention collective au sujet de la fermeture d'entreprise et du délai de préavis, le grief n'est pas arbitrable puisque les arrêts *Weber* et *O'Leary* n'ont pas pour effet de donner compétence aux arbitres de griefs sur les différends qui ne découlent pas de l'interprétation et de l'application de la convention collective. Selon lui, seul un grief arbitrable confère à l'arbitre le pouvoir d'interpréter une loi en vertu de l'art. 100.12 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« *C.t.* »). Par conséquent, l'arbitre ne peut interpréter les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* pour régler le différend entre les parties puisqu'il n'a pas la compétence pour entendre le grief. Le juge Martin, pour sa part, refuse d'annuler la décision intérimaire de l'arbitre dans le dossier Garon (D.T.E. 2001T-220). Il se reporte à la clause de la convention collective qui renvoie aux dispositions de la *L.n.t.* en cas de mise à pied pour plus de six mois; il conclut que le grief découle de l'interprétation et de l'application de la convention et que l'art. 100.12 *C.t.* permet à l'arbitre de recourir à une loi d'application générale, comme le *C.c.Q.*, pour trancher un grief. Les deux jugements sont portés en appel.

The Court of Appeal found that the rule set out in arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* had been implicitly incorporated into the collective agreements. It relied on this Court's recent decision in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, and concluded that the arbitrators had jurisdiction to hear the grievances ([2004] R.J.Q. 58 and [2003] Q.J. 18474 (QL)).

The employers appealed to this Court.

3. Analysis

The issue in this appeal is whether the notice of termination provided for in the *C.C.Q.* applies under the collective labour relations scheme. The articles in question read as follows:

2091. Either party to a contract with an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature of the employment, the special circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

2092. The employee may not renounce his right to obtain compensation for any injury he suffers where insufficient notice of termination is given or where the manner of resiliation is abusive.

For half a century, the interplay between the rights arising out of an individual employment relationship and the rights arising out of collective labour relations has been marked by two trends in the case law, which appear to have met head on in this appeal. According to the first line of cases, the general law and individual negotiation have no place in matters relating to conditions of employment in the collective labour relations context (3.1). In the second line of cases, the minimum employment standards set out in various employment-related statutes, the substantive rights and freedoms provided for in human rights legislation and the principles of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been incorporated into collective agreements (3.2). To determine which of the rules from the case law — exclusion or inclusion — will guide the decision in the instant

La Cour d'appel estime que la règle prévue aux art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* est incorporée implicitement dans les conventions collectives. Elle s'appuie sur l'arrêt récent de notre Cour, *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42. La Cour d'appel conclut que les arbitres ont compétence pour entendre les griefs ([2004] R.J.Q. 58 et [2003] J.Q. 18474 (QL)). 6

Les employeurs se pourvoient devant notre Cour. 7

3. Analyse

Le pourvoi soulève la question de l'applicabilité au régime collectif du travail du délai de congé prévu par le *C.c.Q.* Les articles en cause sont rédigés ainsi : 8

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

2092. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

Depuis un demi-siècle, l'interrelation entre les droits découlant du lien individuel de travail et ceux découlant des rapports collectifs est marquée par deux tendances qui semblent s'affronter dans le présent pourvoi. Le premier courant jurisprudentiel prône l'exclusion du droit commun et de la négociation individuelle pour tout ce qui touche les conditions de travail dans le contexte des rapports collectifs (3.1). Le second consacre l'incorporation aux conventions collectives des normes minimales d'emploi prévus par les différentes lois régissant le travail, des droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne ainsi que des principes de la *Charte canadienne des droits et libertés* (3.2). Pour déterminer laquelle des règles jurisprudentielles, soit l'exclusion soit l'inclusion, guide la décision en l'espèce, encore faut-il 9

case, the basis for those rules must be explained. I will begin with an overview of the two lines of cases. This will reveal the common thread that can be used to reconcile the two trends (3.3) and will make it possible to identify three reasons why the rule in art. 2091 *C.C.Q.* is incompatible with the collective scheme: the conditions of employment of unionized employees are bargained collectively by the union and the employer, while the notice provided for in the *C.C.Q.* is agreed on as an individual matter when employment is terminated (3.4.1); the notice of termination to which an employee is entitled in the context of an individual contract of employment is connected with the employer's right to dismiss an employee, whereas this right is limited by the collective agreement under the collective scheme (3.4.2); and the legislative history of the provision shows that the legislature did not intend to make all the rules relating to individual contracts of employment applicable to the collective scheme (3.4.3).

élucider leur fondement. Je ferai d'abord un survol de ces deux courants. Cette revue mettra en lumière le fil conducteur de la conciliation des deux tendances (3.3) et permettra de dégager trois raisons pour lesquelles la règle de l'art. 2091 *C.c.Q.* n'est pas compatible avec le régime collectif : les conditions de travail des employés syndiqués sont négociées collectivement par le syndicat et l'employeur, alors que le préavis prévu par le *C.c.Q.* est convenu de façon individualisée lors de la cessation d'emploi (3.4.1); le délai de congé dû à l'employé dans le contexte d'un contrat individuel de travail est lié au droit de l'employeur de congédier un employé, alors que ce droit de l'employeur est limité par la convention collective dans le régime collectif (3.4.2); et l'historique de la disposition fait voir que le législateur n'a pas voulu rendre applicables au régime collectif toutes les règles relatives au contrat individuel de travail (3.4.3).

3.1 *First Line of Cases: Exclusion of the General Law and Shelving of Individual Rights in the Collective Labour Relations Context*

3.1 *Premier courant jurisprudentiel—l'exclusion du droit commun et la mise en veilleuse des droits individuels dans le cadre de rapports collectifs de travail*

10 The first line of cases recognizes the autonomy of labour law, which is statute law of a social nature and which, as a result, supplants the general law:

> 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.
>
> (*McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, at p. 725)

Un premier courant jurisprudentiel reconnaît le caractère autonome du droit du travail, droit social d'origine législative qui, par conséquent, supplante le droit commun :

> 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 l[a] compagnie en tant que parties principales à la convention.
>
> (*McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, p. 725)

In a recent case, *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, the Court reaffirmed this conclusion:

> A collective framework supersedes the traditional contractual process, which is based on individual relations between the employer and its employees. [para. 43]

Dans un arrêt récent, *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, la Cour a réaffirmé cette conclusion :

> Un cadre collectif se substitue au mécanisme contractuel traditionnel, fondé sur des rapports individuels entre l'employeur et ses salariés. [par. 43]

Like collective labour relations law itself, this line of cases is a reaction to the economic liberalism underlying the general law of contracts: P. Verge, "Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec*: pertinence ou impertinence?" (1993), 24 *R.G.D.* 237, at p. 242; see also F. Morin and J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2nd ed. 2003), at pp. 74 and 1461. In seeking to equalize the balance of power between employers and employees, freedom of contract is dispensed with, and exclusive representation by the union and predominance of the collective agreement replace individual negotiation between an employer and an employee: *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, at p. 212.

In addition, recognizing the benefits for both the employee and the employer of continuity in the employment relationship, the courts have dispensed with the general law rules that stand in the way of that continuity. This is the approach that this Court took in finding, in *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, and *McGavin Toastmaster*, that the principles of breach and repudiation of contract were inapplicable in the collective labour relations context. In both of those cases, this Court adopted an interpretation that subordinated individual rights to the collective scheme.

As well, in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 718, the Court held that rights which at common law would flow from a master-servant relationship do not qualify for enforcement in the traditional courts in the collective labour relations context. The entire law of employer-employee relations is subsumed in the collective labour relations scheme.

Since these principles are based on respect for the integrity of the collective scheme, they apply to claims made by both employers and employees. For example, in *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962, three long-time employees brought an action in the Superior Court

11 Tout comme le droit des rapports collectifs de travail lui-même, ce courant jurisprudentiel constitue une réaction au libéralisme économique qui sous-tend le droit commun en matière contractuelle : P. Verge, « Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec* : pertinence ou impertinence? » (1993), 24 *R.G.D.* 237, p. 242; voir aussi F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec* (2e éd. 2003), p. 74 et 1461. Dans la quête d'un équilibre dans les rapports de force entre employeur et salariés, on rejette la notion de liberté contractuelle, substituant aux négociations individuelles entre employeur et employé, l'exclusivité de la représentation syndicale et la prédominance de la convention collective : *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, p. 212.

12 De plus, reconnaissant les bienfaits, tant pour le salarié que pour l'employeur, de la continuité de la relation de travail, les tribunaux ont rejeté les règles du droit commun qui y font obstacle. C'est dans cette perspective que notre Cour a écarté l'application des principes de violation et de répudiation des contrats en matière de rapports collectifs de travail dans les affaires *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, et *McGavin Toastmaster*. Dans les deux cas, notre Cour a retenu une interprétation qui consacre la sujétion des droits individuels au régime collectif.

13 De même, dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 718, la Cour conclut que les droits qui, en common law, découleraient d'une relation entre employeur et employé ne sont pas susceptibles d'exécution devant les tribunaux traditionnels dans le cadre de rapports collectifs. L'ensemble du droit en matière de relations employeur-employé est subsumé dans le régime collectif des relations de travail.

14 Comme ces principes reposent sur le respect de l'intégrité du régime collectif, leur énoncé vaut tant pour les réclamations des employeurs que pour celles des employés. Ainsi, dans *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, trois employés de longue date intentent un

to assert their seniority rights, which they argued were vested rights. They had been promoted to foremen positions and as a result were excluded from the bargaining unit. Shortly after being promoted, they were demoted to labourer positions. In the interim, a new collective agreement had been signed under which they lost their seniority when they were demoted. They argued that the new agreement could not be set up against them and that their seniority was a personal right. The Court rejected their argument, stating that, under a collective labour relations scheme, no seniority rights can exist as personal rights outside the collective agreement:

> Seniority rights are subject to the collective bargaining process like any other employee right. In the context of labour relations it would be singular, to say the least, for these rights to be absolutely and irremediably raised to the level of vested rights. When a collective agreement exists, individual rights are for all practical purposes superseded. As Laskin C.J. said at p. 725 of *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, in which the Court adopted a rule stated in *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206: "The common law as it applies to individual employment contracts is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement . . . ." [p. 975]

15 That decision was necessary to preserve the integrity of the collective labour relations scheme, which ultimately serves to protect employees. As Mailhot J.A. of the Quebec Court of Appeal said in *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [1998] R.J.Q. 2270, a decision affirmed by this Court:

> [TRANSLATION] These nuances must not make us lose sight of the fact that labour law remains governed by its own principles. The legislature has created a scheme of exclusive legal representation. It must be honoured in all its dimensions. The collectivization of labour relations protects employees and creates an appropriate balance of power in their relations with their employer. For all practical purposes, employees who benefit from such collectivization no longer have individual rights. [p. 2275]

recours en Cour supérieure pour faire valoir leur droit d'ancienneté, plaidant qu'il s'agit de droits acquis. Ils ont été promus au rang de contremaîtres et, de ce fait, exclus de l'unité de négociation. Peu après leur promotion, ils sont rétrogradés à des postes d'ouvriers. Entre temps, une nouvelle convention collective est conclue, laquelle leur faisait perdre leur ancienneté lors de leur rétrogradation. Ils prétendent que la nouvelle convention leur est inopposable et que leur ancienneté est un droit personnel. La Cour rejette leur prétention, affirmant que dans un régime de rapports collectifs de travail aucun droit d'ancienneté ne peut exister en tant que droit personnel en marge de la convention collective :

> Les droits d'ancienneté, au même titre que n'importe quel autre droit des employés, sont assujettis au processus de la négociation collective. Dans le contexte des relations ouvrières, il serait, pour dire le moins, inédit d'élever ces droits, absolument et irrémédiablement, au rang de droits acquis. Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins pratiques écartés. Comme l'affirme le juge en chef Laskin, à la p. 725 de l'affaire *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, où on reprend un principe énoncé dans l'affaire *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 : « Le droit commun applicable aux contrats individuels de travail ne vaut plus quand les relations employeur-employé sont régies par une convention collective . . . » [p. 975]

Cette décision était nécessaire pour préserver l'intégrité du régime des rapports collectifs de travail qui, ultimement, sert à protéger les employés. Comme le disait la juge Mailhot, de la Cour d'appel du Québec, dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [1998] R.J.Q. 2270, décision confirmée par notre Cour :

> Ces nuances ne doivent pas faire perdre de vue que le droit du travail demeure régi par des principes qui lui sont propres. Le législateur a créé un régime de représentation légale exclusif. Il faut le respecter dans toutes ses dimensions. La collectivisation des rapports de travail protège les employés et leur assure un rapport de force convenable dans leurs relations avec l'employeur. Les employés qui bénéficient de cette collectivisation n'ont, à toutes fins utiles, plus de droits individuels. [p. 2275]

A desire to achieve an outcome favourable to the employees in a particular case cannot dictate which principles apply. The collective scheme must survive disputes involving individual rights and yet remain coherent. Employees will be better protected by a harmonious scheme than by an amalgam of mutually incompatible rules. Indeed, the objective of protecting employees is also at the heart of the second line of cases, which favours incorporating into the collective scheme the norms set out in the *Charter*, in human rights legislation and in certain labour relations statutes.

La recherche d'un résultat favorable aux employés dans un dossier donné ne saurait dicter le choix des principes applicables. Le régime collectif doit survivre de façon cohérente aux conflits mettant en jeu des droits individuels. La protection des employés est mieux assurée par un régime harmonieux que par un amalgame de règles peu compatibles entre elles. C'est d'ailleurs aussi l'objectif de protection des employés qui constitue la raison d'être du deuxième courant jurisprudentiel, lequel favorise l'intégration au régime collectif des normes prévues par la *Charte*, par les lois sur les droits de la personne et par certaines lois régissant les relations de travail. 16

3.2 *Second Line of Cases: Incorporation into the Collective Agreement of the Norms Set Out in the Charter, Human Rights Legislation and Certain Labour Relations Statutes*

3.2 *Deuxième courant jurisprudentiel — l'incorporation dans la convention collective des normes prévues par la Charte, par les lois sur les droits de la personne et par certaines lois régissant les relations de travail*

The second line of cases, which originated with *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, culminated in *Parry Sound.* 17

Le deuxième courant jurisprudentiel, qui prend sa source dans l'affaire *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, a atteint son apogée avec l'arrêt *Parry Sound.*

In *McLeod*, a clause in the existing collective agreement allowed the employer to require that an employee work more than 40 hours per week. Notwithstanding the provisions of the *Employment Standards Act*, which limited the work week to 48 hours, the employer had required an employee to work more than the 48 hours he had already worked. The Court held that the employer's right was limited by the Act: 18

Dans *McLeod*, une clause de la convention collective en vigueur permettait à l'employeur de contraindre un employé à travailler plus de 40 heures par semaine. L'employeur avait exigé d'un employé qu'il travaille au-delà des 48 heures qu'il avait déjà travaillées, et ce, en dépit des dispositions de l'*Employment Standards Act* qui limitait la semaine de travail à 48 heures. La Cour a jugé que le droit de l'employeur était limité par la loi :

> By the operation of the statute, the right to require overtime beyond 48 hours per week from any individual employee had been taken away from the employer and became subject to the rights of the employee under s. 11(2). [p. 524]

> De par l'effet de la Loi, le droit d'exiger d'un employé quelconque qu'il travaille au-delà d'une période de quarante-huit heures par semaine avait été retiré à l'employeur et devenait assujetti aux droits de l'employé prévus au par. (2) de l'art. 11. [p. 524]

Then, in *Weber*, at para. 56, quoting Lord Denning's comment that "[t]here is not one law for arbitrators and another for the court, but one law for all", the Court adopted the exclusive jurisdiction model for arbitrators. In that case, the Court stated that arbitrators apply the law of the land, "be it the common law, statute law or the *Charter*" 19

Plus tard, dans *Weber*, par. 56, reprenant la remarque de Lord Denning suivant laquelle, « [i]l n'y a pas un droit pour les arbitres et un droit pour les tribunaux, il y a un droit pour tous », la Cour se rallie au modèle de la compétence exclusive de l'arbitre. Elle y affirme que l'arbitre applique le droit du pays, « que ce soit la common law, le

(para. 61). (See also: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5.)

20 There are two advantages to this model. First, by basing the arbitrator's jurisdiction on the essential character of the parties' dispute rather than the legal framework in which it arises, the model ensures that the arbitration process "which the various labour statutes of this country have established [is not] duplicated and undermined by concurrent actions" (*Weber*, at para. 58). Second, it allows employees to assert their rights in a prompt, inexpensive and informal way. This line of cases is based on the desire to group together all employee recourses that may be submitted to an arbitrator. The arbitrator will therefore determine the parties' substantive rights and obligations by applying the relevant labour relations legislation.

21 *Parry Sound* was decided in the same spirit. In that case, a probationary employee who had been discharged shortly after returning from maternity leave filed a grievance alleging discrimination. The Court had to decide whether such a grievance was authorized notwithstanding a clause in the collective agreement that allowed probationary employees to be discharged for any reason satisfactory to the employer and denied those employees access to arbitration. To make a finding on the arbitrator's jurisdiction, the Court had to determine whether there was a connection with the collective agreement (para. 19). The Court stated the following (at paras. 26 and 28):

> Management rights must be exercised not only in accordance with the express provisions of the collective agreement, but also in accordance with the employee's statutory rights. . . .
>
> . . .
>
> [T]he substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. A collective agreement might extend to an employer a broad right to manage the enterprise as it sees fit, but

droit d'origine législative ou la *Charte* » (par. 61). (Voir également : *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5.)

Ce modèle présente deux avantages. D'une part, en fondant la compétence de l'arbitre sur l'essence du litige entre les parties plutôt que sur le cadre juridique dans lequel il se soulève, on évite que la procédure arbitrale « établie par les diverses lois sur les relations du travail au pays [. . .] soit [. . .] doublée ou minée par des actions concomitantes » (*Weber*, par. 58). D'autre part, on permet aux employés de faire valoir leurs droits de façon rapide, peu coûteuse et informelle. Ce courant repose sur le désir de réunir l'ensemble des recours des salariés qui peuvent être soumis à un arbitre. Les droits et obligations substantiels des parties sont donc établis par l'arbitre en ayant recours aux lois régissant les relations de travail qui sont pertinentes.

Le même esprit guide *Parry Sound*. Dans cette affaire, une employée à l'essai congédiée peu après son retour d'un congé de maternité dépose un grief alléguant discrimination. La Cour devait décider si un tel grief était recevable malgré la clause de la convention collective qui permettait le licenciement des employés à l'essai pour tout motif jugé acceptable par l'employeur et leur niait le recours à l'arbitrage. Pour trancher la question de la compétence de l'arbitre, la Cour devait déterminer s'il y avait un rattachement à la convention collective (par. 19). La Cour a affirmé ce qui suit (par. 26 et 28) :

> Les droits de gestion doivent être exercés non seulement conformément aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi conformément aux droits conférés à l'employé par la loi. . .
>
> . . .
>
> [L]es droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise

this right is circumscribed by the employee's statutory rights.

These principles were also cited in *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at para. 32.

The respondents rely on this line of cases.

3.3 *Reconciling the Two Lines of Cases*

The solutions adopted in the two lines of cases may seem contradictory: on the one hand, the general law is excluded because the collective scheme takes precedence; on the other, certain external norms are implicitly included in the collective agreement. However, this impression does not stand up to analysis. While the first line of cases addresses the supplanting of individual rights that are incompatible with collective labour relations, the second relates primarily to the arbitrator's power to apply provisions that are implicitly included in a collective agreement. In the first line of decisions, the right relied on is incompatible with the collective scheme, while in the second, the norm is not only compatible with the collective agreement, but is also incorporated into it. For example, in *Parry Sound*, the application of the Ontario *Human Rights Code* to the employee was not disputed. The issue was the arbitrator's power to apply it. *Parry Sound* did not reverse *Paquet*, *McGavin*, *Hémond* or *Noël*. The principle that emerges from that case is that, if a rule is incompatible with the collective labour relations scheme, it cannot be incorporated and must be disregarded, as was the case in *McGavin*, *Hémond* and *Noël*. If the rule is found to be compatible and if it is a supplementary or mandatory norm, as in *McLeod*, *Weber* and *Parry Sound*, the arbitrator will have jurisdiction to apply it.

Before determining whether the norm is supplementary or mandatory, its compatibility must be ascertained. How do we determine whether a provision or rule is compatible? What rights are

comme il le juge indiqué, mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi.

22 Les mêmes principes sont encore repris dans *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 32.

23 C'est sur ce courant jurisprudentiel que s'appuient les intimés.

3.3 *La conciliation des deux courants jurisprudentiels*

24 Les solutions apportées par les deux courants jurisprudentiels peuvent sembler contradictoires : d'une part, le droit commun est exclu en raison de la préséance du régime collectif, d'autre part, certaines normes externes sont implicitement contenues dans la convention collective. Cette impression ne résiste cependant pas à l'analyse. Alors que le premier courant traite de la supplantation des droits individuels incompatibles avec le contexte des rapports collectifs de travail, le deuxième porte principalement sur le pouvoir de l'arbitre de mettre en œuvre des dispositions implicitement incluses dans la convention collective. Dans la première série d'arrêts, le droit invoqué est incompatible avec le régime collectif, alors que dans le second la norme est non seulement compatible, mais elle est aussi incorporée dans la convention collective. Ainsi, dans *Parry Sound*, l'application à l'employée du *Code des droits de la personne* de l'Ontario n'était pas contestée. Le débat portait sur le pouvoir de l'arbitre de l'appliquer. L'arrêt *Parry Sound* n'a pas renversé *Paquet*, *McGavin*, *Hémond* ou *Noël*. Le principe qui se dégage est que si la règle est incompatible avec le régime collectif des relations de travail, elle ne peut être incorporée et elle doit être exclue, comme dans *McGavin*, *Hémond* et *Noël*. Si elle s'avère compatible et qu'il s'agit d'une norme supplétive ou impérative, comme dans *McLeod*, *Weber* et *Parry Sound*, l'arbitre aura compétence pour l'appliquer.

25 Avant de déterminer si la norme est supplétive ou impérative, il faut vérifier sa compatibilité. Comment, alors, détermine-t-on si une disposition ou une règle est compatible? Quels droits sont

supplanted by the collective scheme? Underlying the first line of cases is the desire to give precedence to collective bargaining for all conditions of employment. If the right claimed can be characterized as a condition of employment, it cannot be negotiated individually by the employer and the employee. The union alone performs this task, and it must do so for the employees collectively.

26 What is a condition of employment? The question was asked by this Court in *Paquet*. The provision at issue was characterized as a condition of employment on the basis that it had a real connection with the contract of employment (p. 211). Since, in that case, check-off was directly related to the regulation of employer-employee relations, the Court held that the provision was a condition of employment. Because of the monopoly on representation, no room was left for individual negotiation. All employees, whether or not they were members of the union, were subject to check-off.

27 The precedence given to the collective scheme is sometimes taken to mean that freedom of contract is abrogated once a collective agreement is concluded: *Paquet*, at p. 212. However, it is clear that the employment relationship arises only when the employee accepts the employer's offer to hire him or her. There is therefore no source in either Canadian case law or legislation for the theory that individual contracts are completely abolished in the context of the collective scheme. The individual contract does not cease to exist, but is simply suspended. When a union's certification is revoked, the individual contract becomes effective again and once again becomes the only tool for managing the employment relationship. If it no longer existed, the employee would have to be rehired, which is not the case. When the collective scheme ends, this does not terminate the employment relationship. During the term of the collective agreement, however, the individual contract of employment cannot be relied on as a source of rights.

28 Not everything is set out in the collective agreement, of course. For instance, the agreement usually does not define the general law concepts on which the rules agreed to by the union and the

supplantés par le régime collectif? À la base du premier courant jurisprudentiel réside la volonté de faire primer la négociation collective de toutes les conditions de travail. Si le droit revendiqué peut être qualifié de condition de travail, il ne peut dans un tel cas être négocié individuellement par l'employeur et l'employé. Seul le syndicat a cette mission et il doit l'accomplir pour les employés collectivement.

Qu'est-ce qu'une condition de travail? Notre Cour s'est posé cette question dans *Paquet*. La qualification de la disposition en litige de condition de travail y a été faite en déterminant l'existence d'un lien réel avec le contrat de travail (p. 211). Dans cette affaire, comme la retenue syndicale touchait directement la réglementation des rapports entre les parties, la Cour a établi que la disposition était une condition de travail. En raison du monopole de représentation, aucune place n'était laissée à la négociation individuelle. Membres du syndicat ou non, tous les employés étaient assujettis à la retenue.

La préséance du régime collectif a parfois été assimilée à l'abrogation de la liberté contractuelle à compter de la conclusion de la convention collective : *Paquet*, p. 212. Il est cependant clair que le lien d'emploi ne naît que lors de l'acceptation par l'employé de l'offre d'embauche de l'employeur. La thèse de l'abrogation complète du contrat individuel dans le contexte du régime collectif ne peut donc trouver sa source ni dans la jurisprudence canadienne ni dans la législation. Le contrat individuel n'est pas abrogé, il est simplement suspendu. D'ailleurs, lorsque l'accréditation est révoquée, le contrat individuel reprend effet et redevient le seul outil de gestion de la relation de travail. S'il avait été abrogé, un réembauchage serait requis, ce qui n'est pas le cas. La fin du régime collectif n'entraîne pas la fin du lien d'emploi. Pendant la durée de la convention collective, le contrat individuel de travail ne peut cependant pas être invoqué comme source de droit.

Certes, tout n'est pas inscrit dans la convention collective. Ainsi, la convention ne définit habituellement pas les concepts du droit commun sur lesquels sont fondées les règles dont le syndicat et

employer are based. The collective agreement does not operate in a vacuum. The general law is relevant for the purposes of interpreting the conditions of employment contained in the agreement.

The fact that individual contracts are subordinate to the collective scheme allows collective interests to be reconciled with individual interests in situations where it is possible for the latter to subsist without hindering the proper conduct of collective relations. My approach differs from that of LeBel J., who adopts the position taken by Professor Morin, in which the hierarchy of sources is reversed. In Professor Morin's view, the individual contract subsists and the *C.C.Q.* applies, subject to any valid exceptions expressly set out in the *Labour Code*, in other legislation and in the collective agreement: F. Morin, "Effets combinatoires de deux codes: *Code du travail* et *Code civil du Québec*" (1994), 49 *Relat. ind.* 227, at p. 245. Thus, in his view, the collective agreement is superimposed on the individual contract. With respect, this position presupposes, for Quebec, an approach to collective labour relations law that disregards this Court's decisions and is contrary to the position adopted in *Parry Sound*. According to that case, the collective agreement provides a framework into which mandatory norms are incorporated. Furthermore, I do not think that this solution is necessary, as LeBel J. says, since the mechanism of incorporating compatible mandatory norms and the use of implicit conditions ensure that the collective scheme is a coherent legal scheme. Also, as I will explain later, the approach advocated by Professor Morin and adopted by my colleague was proposed before the enactment of the *C.C.Q.* but was rejected.

Thus, not everything set out in the *C.C.Q.* is implicitly incorporated into collective agreements — only that which is compatible. In the case at bar, the question is whether or not the provisions in issue are compatible.

To find the common thread, we must, as in *McLeod*, identify a connection between the arbitrator's jurisdiction and a condition of employment that is expressly set out in or implicitly

l'employeur conviennent. La convention collective ne s'applique pas dans l'abstrait. Le droit commun trouve sa pertinence lors de l'interprétation des conditions de travail incluses dans la convention collective.

29 La subordination du contrat individuel au régime collectif permet de réconcilier les intérêts collectifs avec les intérêts individuels là où ces derniers peuvent subsister sans entraver la bonne marche des relations collectives. Mon approche se distingue de celle du juge LeBel, qui adopte la thèse du professeur Morin pour qui la hiérarchie des sources est à l'inverse. Selon le professeur Morin, le contrat individuel subsiste et le *C.c.Q.* s'applique, sous réserve de dérogations valables et expresses au *Code du travail*, aux autres lois du travail et à la convention collective : F. Morin, « Effets combinatoires de deux codes : *Code du travail* et *Code civil du Québec* » (1994), 49 *Relat. ind.* 227, p. 245. Selon lui, la convention collective se superpose donc au contrat individuel. Avec égards, cette thèse présuppose une approche en matière de droit des relations collectives qui écarte, pour le Québec, la jurisprudence de notre Cour et va à l'inverse de celle adoptée dans *Parry Sound*. Suivant cet arrêt, la convention collective sert de canevas auquel les normes impératives sont incorporées. De plus, je ne crois pas que cette solution s'impose, comme le dit le juge LeBel, puisque par le mécanisme de l'incorporation des normes impératives compatibles et le recours aux conditions implicites, le régime collectif forme un ensemble juridique cohérent. Au surplus, comme je l'expliquerai plus tard, l'approche préconisée par le professeur Morin et reprise par mon collègue a été proposée avant l'adoption du *C.c.Q.*, mais elle n'a pas été retenue.

30 Tout ce qui est inscrit au *C.c.Q.* n'est donc pas incorporé implicitement dans la convention collective — seulement ce qui est compatible. En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il y a compatibilité ou non.

31 Pour trouver le fil conducteur, il faut, comme dans *McLeod*, relier la compétence de l'arbitre à une condition de travail explicitement énoncée dans la convention collective ou implicitement incorporée

incorporated into the collective agreement. The arbitrator has jurisdiction over all disputes that can be connected with the collective agreement through their factual context and will decide those disputes by referring to the express or implicit rules of the agreement. However, a rule cannot be incorporated into the collective agreement where, as in *McGavin*, *Hémond* and *Noël*, the rule does not lend itself to such incorporation, which, in my opinion, is the case here.

3.4 *Incompatibility of Compensation Under Article 2091 of the Civil Code With the Collective Scheme*

32 The rules governing collective labour relations constitute a body of law whose governing principles are distinct from the rules that serve as foundations for the individual contract of employment in Quebec civil law. The very nature of notice of termination demonstrates that it is not compatible with a context in which a collective agreement exists. Notice of termination is essentially agreed to on an individual basis when employment is terminated, whereas collective conditions of employment are necessarily agreed to in advance by the union and the employer. The way termination of employment is dealt with under the two schemes also demonstrates the gulf that divides them. The right to notice of termination is the counterpart of the employer's right to dismiss an employee bound by an individual contract. This right is incompatible with the collective labour relations context. Moreover, the legislative history provides additional confirmation that the courts should not impose their vision where the legislature has chosen not to impose the rule set out in art. 2091 *C.C.Q.* in the context of the collective scheme.

3.4.1 Individual Agreement on Notice of Termination and Collective Bargaining of Conditions of Employment

33 While Quebec's general law of contracts is still influenced by the consensual approach that originally characterized it, the law relating to collective labour relations prohibits such an approach where conditions of employment are concerned (except,

à celle-ci. L'arbitre a compétence sur tous les différends que le contexte factuel permet de rattacher à la convention collective. Il tranche ces différends en ayant recours aux règles conventionnelles explicites ou implicites. L'incorporation à la convention collective ne peut cependant pas être faite lorsque, comme dans *McGavin*, *Hémond* et *Noël*, la règle invoquée est incompatible avec une telle incorporation, ce qui, à mon avis, est le cas ici.

3.4 *Incompatibilité de l'indemnité de l'art. 2091 du Code civil avec le régime collectif*

Les règles régissant les rapports collectifs de travail constituent un ensemble, dont les principes directeurs se distinguent des règles qui servent d'assises au contrat individuel de travail en droit civil québécois. La nature même du délai de congé met en évidence l'incompatibilité de celui-ci avec un contexte conventionnel collectif. Le délai de congé est essentiellement convenu de façon individuelle lors de la cessation d'emploi, alors que les conditions de travail collectives sont nécessairement convenues d'avance par le syndicat et l'employeur. De plus, la façon dont les deux régimes traitent la cessation d'emploi fait aussi voir le fossé qui les sépare. Le droit au délai de congé est la contrepartie du droit de l'employeur de congédier un employé lié par un contrat individuel. Ce droit est antinomique dans un contexte de régime collectif. Par ailleurs, l'historique législatif apporte un motif additionnel confirmant que les tribunaux ne devraient pas imposer leur vision là où le législateur a choisi de ne pas imposer la règle de l'art. 2091 *C.c.Q.* au régime collectif.

3.4.1 Entente individuelle sur le délai de congé et négociation collective des conditions de travail

Alors que le droit commun des contrats au Québec demeure marqué par le consensualisme qui le caractérisait à l'origine, le droit relatif aux rapports collectifs de travail l'interdit en ce qui a trait aux conditions de travail (sauf, évidemment,

of course, where the collective agreement authorizes specific agreements).

In the civil law, a contract is formed by the exchange of consents (art. 1385 *C.C.Q.*), which involves the acceptance of an offer (art. 1386 *C.C.Q.*) that contains all the essential elements of the proposed contract (art. 1388 *C.C.Q.*). A contract may be modified only with the agreement of the parties (art. 1439 *C.C.Q.*). Article 2085 *C.C.Q.*, which deals specifically with the contract of employment, incorporates these concepts:

2085. A contract of employment is a contract by which a person, the employee, undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of another person, the employer.

According to the very language of this article, agreement must be reached on conditions of employment to enter into a contract of employment. It cannot be said that a contract of employment exists if there is no agreement on remuneration. This goes to the root of the contract.

Likewise, notice of termination is undeniably a condition of employment. At a time when employment is regarded as a source of personal fulfilment, suspension and termination of employment are important aspects of the conditions of employment. Like the terms and conditions that apply to disciplinary dismissal, the conditions for administrative or discretionary dismissal are clearly connected with the contract of employment.

The right to notice provided for in art. 2091 *C.C.Q.* is a personal right, and what it consists of depends on the individual circumstances of the employee who claims it. As Baudouin J.A. said in *Standard Broadcasting Corp. v. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.):

[TRANSLATION] What constitutes reasonable notice of termination under a contract with an indeterminate term is basically a question of fact that will turn on the circumstances of the specific case, and it will be assessed on the basis of a number of known parameters: the nature and importance of the position; whether

le cas où la convention autoriserait les ententes particulières).

Le contrat civiliste est formé par l'échange de consentement (art. 1385 *C.c.Q.*) exprimé par l'acceptation d'une offre (art. 1386 *C.c.Q.*) qui comporte tous les éléments essentiels du contrat projeté (art. 1388 *C.c.Q.*). Le contrat ne peut être modifié qu'avec l'accord des parties (art. 1439 *C.c.Q.*). Le texte de l'art. 2085 *C.c.Q.*, qui traite spécifiquement du contrat de travail, reprend les mêmes notions : 34

2085. Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

Selon le texte même de cet article, l'entente sur les conditions de travail est un élément essentiel à la conclusion du contrat de travail. On ne saurait prétendre à l'existence d'un contrat de travail en l'absence d'entente sur la rémunération. Cet élément touche à l'essence même du contrat.

De même, le délai de congé constitue lui aussi indéniablement une condition de travail. À une époque où l'emploi est considéré comme une source de valorisation personnelle, la suspension de l'emploi ou sa cessation constituent des aspects importants des conditions de travail. Tout comme les modalités du congédiement disciplinaire, les conditions du congédiement administratif ou discrétionnaire comportent un lien certain avec le contrat de travail. 35

Le droit au préavis édicté à l'art. 2091 *C.c.Q.* est un droit personnel dont la détermination dépend des circonstances individuelles de l'employé qui le réclame. Comme l'énonçait le juge Baudouin dans l'affaire *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.) : 36

Ce qui constitue un délai-congé raisonnable, dans l'hypothèse d'un contrat à durée indéterminée, est essentiellement une question de fait qui varie avec les circonstances propres à chaque espèce, à partir d'un certain nombre de paramètres connus : nature et importance de la fonction; abandon d'un autre emploi pour

the employee left another job to take the position; the employee's age, years of service and experience; how easy or difficult it is to find an identical or similar position; subsequent efforts to find work; and whether or not there were serious grounds for the dismissal. [Footnote omitted; p. 1758.]

37 Not only must notice of termination be determined individually, but the employee may not agree on it in advance. Because of the imperative rule set out in art. 2092 *C.C.Q.*, notice of termination must be assessed at the time it takes effect, that is, when the employment terminates (see *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, at pp. 530-31).

38 Under a collective scheme, on the other hand, conditions of employment are not negotiated individually by the employer and the employee. Three of this Court's decisions, *McGavin*, *Hémond* and *Noël*, state the rule that "[c]ertification, followed by the collective agreement, takes away the employer's right to negotiate directly with its employees" and to "negotiat[e] different conditions of employment with individual employees" (*Noël*, at para. 42). The objective of this prohibition and of its corollary, exclusive union representation, is to improve the employee's position in the balance of power with the employer. Collective conditions of employment are even negotiated for future employees. Relativity of contract, one of the linchpins of the civil law contract, is excluded by the role assigned to the union. In the collective scheme, the employee agrees to work under the conditions negotiated by the union, which is not the employee's mandatary but is designated by law to negotiate conditions of employment.

39 Apart from the minimum standards laid down by the *A.L.S.*, the length of notice of termination is therefore a matter to be determined in the bargaining process between the union and the employer. As N. R. McLeod states:

> While the parties to collective bargaining have frequently chosen in the past to leave termination rights unstated, or have been content to be governed by minimum statutory provisions that have overriding application to all employees, whether unionized or not, the failure to expressly address severance pay does not

l'acquérir; âge, nombre d'années de service et expérience de l'employé; facilité ou difficulté de se retrouver une occupation identique ou similaire; recherche subséquente d'un travail; existence ou inexistence de motifs sérieux au congédiement. [Renvoi omis; p. 1758.]

Non seulement le délai de congé doit-il être déterminé de façon individuelle, mais l'employé ne peut en convenir à l'avance. En effet, en raison de la règle impérative de l'art. 2092 *C.c.Q.*, le délai de congé doit être évalué au moment où il prend effet, soit à la fin de l'emploi (voir *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, p. 530-531).

Par ailleurs, dans un régime collectif, les conditions de travail ne sont pas négociées par l'employeur et l'employé individuellement. Trois décisions de notre Cour, *McGavin*, *Hémond* et *Noël*, précisent la règle selon laquelle « [l]'existence de l'accréditation, et ensuite de la convention collective, prive l'employeur du droit de négocier directement avec ses employés » et « de négocier des conditions de travail différentes avec les salariés individuels » (*Noël*, par. 42). Cette interdiction, et son corollaire, l'exclusivité de la représentation syndicale, ont pour objectif d'améliorer l'équilibre du rapport de force entre l'employeur et l'employé. Les conditions de travail collectives sont même négociées pour les futurs employés. L'effet relatif des contrats, un des pivots du contrat en droit civil, est écarté par le rôle accordé au syndicat. Dans le régime collectif, l'employé accepte de travailler selon les conditions négociées par le syndicat qui n'est pas son mandataire, mais qui est désigné par la loi pour négocier les conditions de travail.

Outre les normes minimales édictées par la *L.n.t.*, la durée du délai de congé est donc une matière qui doit être déterminée dans le cadre des négociations entre le syndicat et l'employeur. Comme l'affirme N. R. McLeod :

> [TRADUCTION] Même si, souvent dans le passé, les parties à une négociation collective n'ont pas précisé les droits applicables en cas de cessation d'emploi ou s'en sont remises aux normes minimales établies par la loi, applicables à tous les salariés, syndiqués ou non, l'omission de prévoir expressément l'indemnité de

change its status as a proper subject for collective bargaining. The omission of a provision for severance pay in the collective agreement does not convert it into a right governed by common law principles extraneous to the collective agreement.

("Severance Pay at Arbitration: A Union Viewpoint", in W. Kaplan et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 1998* (1998), 269, at p. 274)

The parties' failure to specify in the collective agreement what will happen if the business closes does not make the general law relating to individual contracts of employment applicable:

[T]he theory of the residual common law right of employees to pay on termination of employment cannot be reconciled with the principle that severance is properly the subject matter of collective bargaining. Labour relations boards have prohibited employers from unilaterally implementing severance pay programs. They have stated that the terms associated with the severance of employment are fundamental conditions of employment and are within the exclusive purview of the trade union to bargain. Furthermore, to allow the employer to act unilaterally in this area would be to unfairly diminish the effectiveness of the union and undermine its role as bargaining agent. . . . [p. 274]

The terms and conditions applicable to termination of employment therefore fall within the natural scope of union-employer bargaining on conditions of employment. *McGavin* illustrates the obverse of the problem before us here. In that case, it was in fact severance pay provided for in the collective agreement that the employees were claiming and that the employer refused to pay, arguing that a repudiation of the collective agreement had terminated the employees' rights. The decision shows that the terms and conditions applicable to termination of employment are a valid part of the conditions of employment included in a collective agreement, which, by definition, is agreed to on behalf of all employees before the employment is terminated. This is a clear case in which the collective scheme supplants the individual contract of employment.

cessation d'emploi ne change rien au fait que cette question relève bel et bien de la négociation collective. L'absence d'une disposition de la convention collective sur le droit à une indemnité de cessation d'emploi n'assujettit pas ce droit à des principes de droit commun étrangers à la convention collective.

(« Severance Pay at Arbitration : A Union Viewpoint », dans W. Kaplan et autres, dir., *Labour Arbitration Yearbook 1998* (1998), 269, p. 274)

40 Le fait que les parties aient omis de stipuler dans la convention collective les conséquences de la fermeture de l'entreprise n'a pas pour effet de rendre applicable le droit commun en matière de contrats individuels de travail :

[TRADUCTION] La théorie voulant que, suivant le droit commun — le droit supplétif —, l'employé ait droit à une indemnité en cas de cessation d'emploi ne peut être conciliée avec le principe que la cessation d'emploi est un sujet relevant à juste titre de la négociation collective. Les conseils des relations de travail ont interdit aux employeurs d'adopter unilatéralement des programmes d'indemnisation des employés licenciés. Ils ont fait valoir que les conditions associées à la cessation d'emploi sont des conditions de travail fondamentales et que leur négociation ressortit exclusivement au syndicat. En outre, permettre à l'employeur d'agir unilatéralement dans ce domaine diminuerait injustement l'efficacité du syndicat et minerait son rôle d'agent négociateur. . . [p. 274]

41 Les modalités de cessation d'emploi appartiennent donc au champ naturel des négociations syndicat-employeur sur les conditions de travail. En fait, l'arrêt *McGavin* illustre la face cachée du débat qui nous occupe. Dans cette affaire, c'est justement l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective que les employés réclamaient et que l'employeur refusait de payer, prétendant que la répudiation de la convention collective mettait fin aux droits des employés. Cet arrêt fait voir que les modalités de cessation d'emploi font valablement partie des conditions de travail incluses dans la convention collective qui, par définition, est convenue pour tous les employés, et ce, avant la cessation d'emploi. Il s'agit d'un cas clair où le régime collectif supplante le contrat individuel de travail.

42 In short, the notice of termination required by art. 2091 *C.C.Q.* cannot be incorporated into a collective agreement. It is a condition of employment determined on an individual basis, and it cannot be negotiated in advance or negotiated by a third party and then imposed on the employee.

43 The respondents would like to read the preliminary provision of the *C.C.Q.* as indicating that the *C.C.Q.* must apply to every employment relationship. The preliminary provision reads as follows:

> The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.
>
> The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

44 In my opinion, the argument is not persuasive. For the *C.C.Q.* to take precedence, there must be a matter that falls within the letter, spirit or object of its provisions. It seems to me that the argument based on the preliminary provision of the *C.C.Q.* relies on circular reasoning.

45 Moreover, the claims filed in the Fillion and Garon cases illustrate the internal contradiction between the individualized notice based on the individual's specific characteristics and employment experience on the one hand and the collective labour relations context on the other. The claims filed by the unions do not recognize the individual nature of the right provided for in art. 2091 *C.C.Q.* The unions are not asking the arbitrator to determine or assess the appropriate notice of termination for each employee based on each employee's personal circumstances. Rather, they are claiming four weeks' notice per year of service for each and every employee, regardless of their individual situations. Under the *C.C.Q.*, the claims have to be made by the employees themselves and must be based primarily on the specific characteristics of

En résumé, le délai de congé de l'art. 2091 *C.c.Q.* ne saurait être incorporé dans une convention collective. En effet, il s'agit d'une condition de travail déterminée sur une base individuelle, qui ne peut pas être négociée à l'avance ni négociée par un tiers puis imposée à l'employé.

Les intimés voudraient voir dans la disposition préliminaire du *C.c.Q.* une indication que celui-ci s'impose dans toute relation de travail. La disposition préliminaire est ainsi rédigée :

> Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

L'argument n'est à mon avis pas convaincant. Pour que le *C.c.Q.* ait préséance, il faut d'abord être en présence d'une matière à laquelle la lettre, l'esprit ou l'objet des dispositions de celui-ci se rapportent. J'estime que l'argument fondé sur la disposition préliminaire du *C.c.Q.* repose sur un raisonnement circulaire.

Les réclamations déposées dans les dossiers Fillion et Garon illustrent d'ailleurs la contradiction interne entre un préavis individualisé selon les caractéristiques particulières de l'individu et son expérience d'emploi d'une part, et le contexte des relations collectives d'autre part. En effet, les réclamations déposées par les syndicats ne respectent pas la nature individuelle du droit énoncé à l'art. 2091 *C.c.Q.* Les syndicats ne demandent pas à l'arbitre d'établir ou d'évaluer, pour chacun des employés, le délai de congé approprié compte tenu de leurs circonstances personnelles. Les syndicats demandent plutôt, pour tous et chacun, sans égard à leur situation individuelle, quatre semaines de préavis par année de service. Selon le *C.c.Q.*, la demande devrait être présentée par les employés eux-mêmes et devrait faire primer les

each employee. The unions' claims therefore violate the spirit of art. 2091 *C.C.Q.*

Imposing an obligation to determine reasonable notice within the meaning of art. 2091 *C.C.Q.* on an individual basis would also violate the spirit of the collective labour relations scheme. Some commentators go so far as to say that for an employer to offer its employees different, individualized conditions of employment without negotiating with the union would constitute an unfair labour practice: see McLeod, at p. 270.

If the rule that all conditions of employment must be negotiated by the union and the employer is considered in parallel with the rule that notice of termination is basically individual and cannot be waived by the employee, it is clear that the two schemes are incompatible. The consensual aspect and individual nature of notice of termination and the time when its sufficiency is determined, namely after the employment is terminated, are three essential features of the *C.C.Q.*'s rule that show that notice of termination is incompatible with the collective scheme. Under a collective scheme, this condition of employment is negotiated with the union, not the employee, is negotiated for all employees or for various classes of employees, not individually, and is agreed on when the collective agreement is entered into, not when the employment is terminated. But there are other considerations.

3.4.2 Conflicting Approaches to Continuity of Employment

The approach taken to the continuity of the employment relationship is another fundamental difference between the law governing individual employment relationships and the law governing collective labour relations. The latter seeks to preserve the continuity of the employment relationship, which is not the aim of the *C.C.Q.*

Reinstatement is normally what arbitrators order where the employer-employee relationship is still viable: *Alberta Union of Provincial Employees v.*

caractéristiques propres à chaque employé. La réclamation des syndicats trahit l'esprit de l'art. 2091 *C.c.Q.*

Par ailleurs, imposer l'obligation de déterminer 46
sur une base individuelle un préavis raisonnable au sens de l'art. 2091 *C.c.Q.* trahirait tout autant l'esprit du régime des rapports collectifs de travail. Certains vont même jusqu'à affirmer que le fait pour l'employeur d'offrir des conditions de travail différentes et individualisées à ses salariés en l'absence de négociations avec le syndicat constituerait une pratique déloyale de travail : voir McLeod, p. 270.

La mise en parallèle de la règle voulant que 47
toutes les conditions de travail soient négociées par le syndicat et l'employeur avec celle voulant que l'avis de congé demeure essentiellement individuel et ne puisse faire l'objet d'une renonciation de la part de l'employé fait voir l'incompatibilité des deux régimes. L'aspect consensuel du délai de congé, la nature individuelle de celui-ci et le moment de la détermination de son caractère suffisant, soit après la cessation d'emploi, sont trois éléments essentiels de la règle du *C.c.Q.* qui font ressortir l'incompatibilité du délai de congé avec le régime collectif. Dans un tel régime, la condition de travail est négociée avec le syndicat, pas avec l'employé, elle est négociée pour tous les employés, ou par catégories, mais non de façon individuelle, et elle est convenue lors de la conclusion de la convention collective et non lors de la cessation d'emploi. Mais il y a plus.

3.4.2 Approches opposées concernant la continuité d'emploi

L'approche adoptée à l'égard de la continuité de 48
la relation de travail constitue une autre différence fondamentale entre le droit régissant les relations individuelles de travail et celui régissant les relations collectives. Le second cherche à assurer la continuité du lien d'emploi, objectif que ne poursuit pas le *C.c.Q.*

Le maintien en poste est l'ordonnance norma- 49
lement prononcée par les arbitres lorsque la viabilité de la relation employeur-employé n'est pas

Lethbridge Community College, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28, at para. 56. In addition, in the case of dismissal or prolonged layoff, the certification is not revoked and the collective agreement is not terminated. Thus, employees who are laid off can exercise any residual rights they may have under the collective agreement, such as the right of recall; likewise, should the undertaking they work for be alienated or operated by another, dismissed employees can benefit from the protection of s. 45 *L.C.*, because the certification and the collective agreement survive.

minée : *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28, par. 56. De plus, en cas de licenciement ou de mise à pied prolongée, l'accréditation n'est pas révoquée et la convention collective n'est pas terminée. Ainsi les employés mis à pied peuvent se prévaloir des droits résiduels que peut leur reconnaître la convention collective, par exemple le droit de rappel; de même, les employés licenciés peuvent, à l'occasion de l'aliénation ou de la concession de l'entreprise pour laquelle ils travaillaient, jouir de la protection offerte par l'art. 45 *C.t.* en raison de la survie de l'accréditation et de la convention collective.

50 The approach taken to the termination of an individual contract of employment is completely different. As P. Verge writes:

[TRANSLATION] Not only does [the Civil Code] thus not favour relationships for an indeterminate term, but, taking quite a liberal approach, it also preserves the employer's power (and, formally, the employee's power, although it is not really identical) to terminate a contract for an indeterminate term by giving the employee reasonable notice of termination (art. 2091), provided, according to general principles, that there is no abuse of rights.

("Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec*: pertinence ou impertinence?", at p. 245)

L'approche est tout autre dans le cas de la cessation du contrat individuel de travail. Comme le dit l'auteur P. Verge :

Non seulement [le Code civil] ne privilégie-t-il pas ainsi le rapport de durée indéterminée, mais, dans un esprit tout à fait libéral, il maintient la faculté pour l'employeur (et de façon formellement — mais non réellement — identique, pour le salarié) de mettre fin au contrat à durée indéterminée en donnant au salarié un délai de congé raisonnable (art. 2091), sous réserve, selon les principes généraux, de l'abus de droit.

(« Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec* : pertinence ou impertinence? », p. 245)

51 The right of employees to claim reasonable notice of termination under the *C.C.Q.* is the counterpart of the employer's right to terminate the employment relationship by providing pay in lieu of notice, without having to show good and sufficient cause. The fact that it is possible to resiliate a contract of employment by giving notice, without having to provide reasons, emerges, *a contrario*, from art. 2094 *C.C.Q.*:

2094. One of the parties may, for a serious reason, unilaterally resiliate the contract of employment without prior notice.

Le droit des employés de réclamer un délai de congé raisonnable en vertu du *C.c.Q.* est la contrepartie du droit de l'employeur de mettre fin au lien d'emploi en payant le préavis, sans devoir fournir de cause juste et suffisante. Cette possibilité de résilier le contrat de travail au moyen d'un préavis et sans avoir à donner de motifs ressort *a contrario* de l'art. 2094 *C.c.Q.* :

2094. Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail.

52 Articles 2091 and 2094 *C.C.Q.* provide statutory recognition of the employer's power to resiliate the contract of employment unilaterally; they make it possible to sever the employment relationship definitively, and they exclude the obligation to

Les articles 2091 et 2094 *C.c.Q.* consacrent législativement la faculté de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail; ils permettent de rompre définitivement le lien d'emploi et écartent l'obligation de réintégrer : M.-F. Bich,

reinstate: M.-F. Bich, "Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives", in *Développements récents en droit du travail* (1996), 189, at p. 284.

Since the employer's right to dismiss is limited in the collective labour relations context and, on the contrary, reinstatement is the most common remedy, it follows that the employee's right to reasonable notice is inapplicable in such circumstances. This is, in fact, the reasoning applied in the other provinces of Canada, where an employee governed by a collective agreement cannot claim compensation based on the common law right to reasonable notice: *Graphic Communications Union Local 255-C v. Quebecor Jasper Printing Ltd.* (2002), 333 A.R. 204, 2002 ABQB 959, at paras. 14 and 16.

Given the fundamental differences between the general law of contracts and the law governing collective labour relations, and with a view to preserving the coherence of the different labour law schemes, care must be taken, where provisions of the *C.C.Q.* are incompatible with the collective labour relations scheme, not to apply them to that scheme. Articles 2091 and 2092 *C.C.Q.* are examples of rules that are incompatible with the collective scheme.

The legislative history of art. 2091 *C.C.Q.* also leads to the conclusion that the legislature did not intend to incorporate the notice provided for in the article into the collective scheme.

3.4.3 Legislative History of Article 2091 *C.C.Q.*

Article 2091 *C.C.Q.* codifies the case law developed under the *Civil Code of Lower Canada* ("*C.C.L.C.*"). The predecessor of art. 2091, art. 1668 *C.C.L.C.*, provided for notice of termination for only certain classes of employees: domestics, labourers and so on. The length of the notice varied depending on the period of service. To fill the gaps left by the Code for other classes of employees, the Quebec courts developed the rule that either of the parties to a contract of employment with an indeterminate term could terminate it at any time

« Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives », dans *Développements récents en droit du travail* (1996), 189, p. 284.

53 Puisque, en matière de rapports collectifs de travail, l'employeur est limité dans son droit de congédier et que, au contraire, la réintégration est la réparation la plus courante, il s'ensuit que le droit de l'employé à un préavis raisonnable est inapplicable dans ces circonstances. C'est d'ailleurs ce raisonnement qui guide les autres provinces canadiennes où le salarié régi par une convention collective ne peut réclamer une indemnité fondée sur le droit à un préavis raisonnable selon la common law : *Graphic Communications Union Local 255-C c. Quebecor Jasper Printing Ltd.* (2002), 333 A.R. 204, 2002 ABQB 959, par. 14 et 16.

54 Compte tenu des différences fondamentales entre le droit commun des contrats et le droit régissant les relations collectives de travail, et afin de maintenir la cohérence des différents régimes de droit du travail, il faut se garder d'appliquer au régime des rapports collectifs de travail des dispositions du *C.c.Q.* qui sont incompatibles avec lui. Les articles 2091 et 2092 *C.c.Q.* sont des exemples de règles incompatibles avec le régime collectif.

55 L'historique législatif de l'art. 2091 *C.c.Q.* permet aussi de conclure que le législateur n'a pas voulu intégrer au régime collectif le délai de congé prévu à cette disposition.

3.4.3 Historique législatif de l'art. 2091 *C.c.Q.*

56 L'article 2091 *C.c.Q.* codifie une jurisprudence qui s'est développée sous le *Code civil du Bas Canada* (« *C.c.B.C.* »). L'ancêtre de l'art. 2091, l'art. 1668 *C.c.B.C.*, ne prévoyait de délai de congé que pour certaines catégories d'employés — les domestiques, les journaliers, etc. Le délai variait en fonction de la période de service. Pour combler les lacunes du Code à l'égard des autres catégories d'employés, les tribunaux québécois avaient élaboré la règle suivant laquelle l'une ou l'autre des parties à un contrat de travail à durée indéterminée

by giving reasonable notice to the other party: *Asbestos Corp. v. Cook*, [1933] S.C.R. 86. The new Civil Code codifies this rule in art. 2091 and does not change its substance: *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société* (1993), vol. II, at p. 1315.

57 If the legislature had intended notice of termination to apply under the collective scheme, it would have been a simple matter for it to act on some of the recommendations made before the *C.C.Q.* was enacted. One such proposal was that the *C.C.Q.* act as the general framework for all labour relations, whether individual or collective. The draft bill introduced in 1987, *An Act to add the reformed law of obligations to the Civil Code of Québec*, contained the following proposal:

> **2157.** A contract of employment may be supplemented by an order or decree, ordinance, regulation or collective agreement.

58 This proposal was criticized on the basis that a collective agreement does not supplement a contract of employment. The collective agreement [TRANSLATION] "is the source of the employee's entire negotiated employment scheme": P. Verge, "Faut-il 'nommer' le contrat de travail?" (1988), 29 *C. de D.* 977, at p. 981. The language of art. 2091 *C.C.Q.* does not embrace this all-encompassing view of contracts of employment. On the contrary, the spirit of the new article is incompatible with the collective scheme. The additional protection provided by art. 2092 *C.C.Q.* and the concept of public order it incorporates show that the purpose of the provision is to protect employees who are in an inferior bargaining position.

59 To say that an employee is isolated or vulnerable when he or she is represented by a union would be an affront to organized labour. It appears, rather, that the Quebec legislature chose to reject the superimposition proposed in the draft Civil Code because it was aware, generally, of the situation in Quebec and, more specifically, of the criticism made when the 1987 draft was introduced.

60 I think it is relevant to note that the protection provided by arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* does

pouvait y mettre fin en tout temps en donnant à l'autre un préavis raisonnable : *Asbestos Corp. c. Cook*, [1933] R.C.S. 86. Le nouveau Code civil codifie cette règle à l'art. 2091, et n'en modifie pas la substance : *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société* (1993), t. II, p. 1315.

Si le législateur avait voulu que le délai de congé s'applique au régime collectif, il lui aurait été facile de donner suite à certaines recommandations faites avant l'adoption du *C.c.Q.* Une des propositions voulait que le *C.c.Q.* agisse comme cadre général à toutes les relations de travail, individuelles ou collectives. L'avant-projet de loi déposé en 1987, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, comportait la proposition suivante :

> **2157.** Le contrat de travail peut être complété par des décrets, ordonnances, règlements ou conventions collectives.

Cette proposition a été critiquée en raison du fait que la convention collective ne représente pas un complément du contrat de travail. La convention collective « est la source de l'entier régime de travail conventionnel du salarié » : P. Verge, « Faut-il "nommer" le contrat de travail? » (1988), 29 *C. de D.* 977, p. 981. Le texte de l'art. 2091 *C.c.Q.* ne reprend pas cette notion englobante de contrat de travail. Au contraire, l'esprit du nouvel article est incompatible avec le régime collectif. La protection additionnelle accordée par l'art. 2092 *C.c.Q.* et la notion d'ordre public qui y est incorporée font voir que la disposition est destinée à protéger l'employé qui est dans une situation d'infériorité en matière de négociations.

Dire d'un salarié qu'il est isolé ou vulnérable alors qu'il est représenté par un syndicat serait faire affront au syndicalisme. Il appert plutôt que le législateur québécois a choisi d'écarter la superposition proposée dans le projet de Code civil parce qu'il était généralement conscient de la réalité québécoise et plus particulièrement des critiques formulées lors de la présentation du projet de 1987.

Je crois pertinent de préciser que la protection des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* ne paraît pas relever

not appear to come under directive public order as LeBel J. seems to suggest. In my opinion, this protection is similar to the protection considered by the Court in *Garcia Transport*. The distinction between directive public order and protective public order is relevant in determining what sanction applies. A clause that is contrary to directive public order is absolutely null (art. 1417 *C.C.Q.*) and may not be confirmed (art. 1418 *C.C.Q.*). Since this question is not directly in issue here, it need not be examined in detail. I will simply point out that the purpose of the protection is more to protect vulnerable workers and restore contractual fairness than to protect the collective interest (on the distinction between directive and protective public order, see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), at paras. 146-47). Furthermore, the vulnerable party is sufficiently protected by the rules associated with protective public order, since that party cannot renounce his or her right before it crystallizes: *Garcia Transport*. Also, a finding that there are provisions of directive public order would mean that the parties could not negotiate a final settlement, since the reasonableness of any such settlement would always be reviewable by a judge.

That being said, the rules governing the collective scheme remain distinct from those applicable to individual contracts. The provisions of the *C.C.Q.* apply only where there is no incompatibility. Where there is no incompatibility and the provision can be considered to be implicitly included in the collective agreement, an arbitrator will have jurisdiction to decide disputes relating to it. The Quebec legislature has set out the standards of general application in the *A.L.S.*, which expressly governs both schemes: ss. 1(4) and 93 *A.L.S.* If, at the time of the reform, the legislature had intended to give a scope such as this to the provisions of the *C.C.Q.* that apply to contracts of employment, it would have kept the criticized wording or at least have been as explicit as in the *A.L.S.* An opportunity in fact arose when the *A.L.S.* was amended (S.Q. 2002, c. 80, s. 49) by adding the division entitled "Notice of Collective Dismissal". If the legislature had intended individualized notice to be the

de l'ordre public de direction, comme semble l'indiquer le juge LeBel. À mon avis, cette protection s'inscrit dans le sens de celle qu'a étudiée la Cour dans *Garcia Transport*. La distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection est pertinente pour déterminer la sanction. Une clause contrevenant à l'ordre public de direction est nulle de nullité absolue (art. 1417 *C.c.Q.*) et n'est pas susceptible de confirmation (art. 1418 *C.c.Q.*). Comme cette question ne se pose pas directement ici, il n'est pas nécessaire de l'étudier en profondeur. Je me contenterai simplement de signaler que la protection vise davantage à protéger le travailleur vulnérable et à rétablir l'équité contractuelle qu'à protéger l'intérêt collectif (sur la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection : J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6e éd. 2005), par. 146-147). De plus, la partie vulnérable est suffisamment protégée par les règles se rattachant à l'ordre public de protection, puisque cette partie ne peut renoncer à son droit avant qu'il ne soit cristallisé : *Garcia Transport*. Par ailleurs, conclure qu'il s'agit de dispositions d'ordre public de direction ferait en sorte que les parties ne pourraient pas négocier un règlement final, sa raisonnabilité demeurant toujours dans un tel cas sujette à révision par un juge.

Ceci dit, les règles régissant les rapports collectifs demeurent distinctes de celles applicables au contrat individuel. Les dispositions du *C.c.Q.* ne s'appliquent qu'en l'absence d'incompatibilité. S'il n'y a pas incompatibilité et que la disposition peut être considérée comme implicitement incluse dans la convention collective, l'arbitre aura compétence pour trancher les différends s'y rapportant. Le législateur québécois a énoncé les normes d'application générale dans la *L.n.t.* qui, elle, régit explicitement les deux régimes : par. 1(4) et art. 93 *L.n.t.* Si le législateur avait voulu, lors de la réforme, donner une telle portée aux dispositions du *C.c.Q.* applicables au contrat de travail, il aurait conservé la formulation critiquée ou aurait à tout le moins été aussi explicite que dans la *L.n.t.* Une occasion s'est d'ailleurs présentée lors de la modification de la *L.n.t.*, L.Q. 2002, ch. 80, art. 49, par l'ajout de la section « L'avis de licenciement collectif ». Si le législateur avait voulu faire prévaloir l'avis

norm in cases of collective dismissal, it would have specified this at the time and would not have established a collective standard. Where the legislature has chosen not to merge the two schemes, I believe that it is not the role of this Court to do so.

4. Conclusion

62 Harmonizing the rules of the general law with the rules of the collective scheme remains a necessity to which individual interests must yield. This is a matter on which there is universal agreement. Even an author who advocates giving pre-eminence to the individual contract of employment in the collective labour relations context stresses this point:

[TRANSLATION] Harmonizing all these legal rules — the rules in the C.C.Q. and in employment-related statutes and the acts thereunder — requires that special attention be given to their respective purposes and functions within the corpus of employment law. An employment-related statute cannot validly be adapted without first considering the implications of the changes for employment law as a whole.

(F. Morin, "Le contrat de travail: fiction et réalité!", in *Développements récents en droit du travail* (2005), 179, at p. 186)

63 This case clearly demonstrates that there is no reason to exclude every connection with the civil law. However, the facts of the case illustrate the need to identify the factors from which it can be concluded that a particular provision of the *C.C.Q.* can be incorporated into a collective agreement. The analysis must be sufficiently thorough to determine the long-term disadvantages that may result from inappropriately importing a provision. Only this concern with preserving the internal coherence of the two schemes will ensure that they can function harmoniously. Although the provisions of the *C.C.Q.* regarding notice of termination may be more advantageous than the provisions of the *A.L.S.* in specific cases, all the provisions of the *C.C.Q.* cannot be implicitly incorporated into the collective agreement. In the absence of such incorporation, the arbitrator has no jurisdiction to hear the grievances.

individualisé en cas de licenciement collectif, il l'aurait alors précisé et n'aurait pas édicté une norme collective. Dans les cas où le législateur s'est abstenu d'imposer une fusion des deux régimes, j'estime qu'il n'appartient pas à notre Cour de le faire.

4. Conclusion

L'harmonisation des règles du droit commun avec celles du régime collectif demeure un impératif auquel les intérêts individuels doivent se plier. Tous s'accordent sur cette nécessité. Même un partisan de la prééminence du contrat individuel de travail dans le contexte d'un régime collectif insiste sur ce point :

L'harmonisation de l'ensemble de ces règles de droit, celles du C.c.Q. et celles des lois de l'emploi et les actes qui s'en autorisent, suppose une attention particulière accordée à leur finalité respective et à leur fonction relative au sein du corpus du droit de l'emploi. On ne saurait valablement adapter une loi de l'emploi sans avoir préalablement considéré les implications de ces changements sur l'ensemble du droit de l'emploi.

(F. Morin, « Le contrat de travail : fiction et réalité! », dans *Développements récents en droit du travail* (2005), 179, p. 186)

La présente affaire démontre bien qu'il n'y a pas lieu d'écarter tout lien avec le droit civil. Les faits de l'espèce illustrent cependant la nécessité de rechercher les éléments qui permettent de conclure qu'une disposition donnée du *C.c.Q.* peut être incorporée à la convention collective. L'analyse doit être suffisamment poussée pour mettre en évidence les désavantages susceptibles de résulter, à long terme, d'un emprunt indésirable. Seul ce souci de préserver la cohérence interne des deux régimes assurera leur fonctionnement harmonieux. Même si, dans des cas particuliers, les dispositions du *C.c.Q.* sur le délai de congé pouvaient s'avérer plus avantageuses que celles de la *L.n.t.*, toutes les dispositions du *C.c.Q.* ne peuvent pas être incorporées implicitement à la convention collective. En l'absence d'une telle incorporation, l'arbitre n'a pas compétence pour entendre les griefs.

For these reasons, I would set aside the judgments of the Court of Appeal, restore the Superior Court's judgment in the Fillion case, set aside the Superior Court's judgment in the Garon case and allow the motions to quash the arbitration decisions, with costs throughout.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

A. *Nature of the Case*

This appeal concerns an application for judicial review of two arbitration awards. This Court must determine whether a grievances arbitrator has jurisdiction to hear a claim under art. 2091 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"), for termination pay following the closing of a business and the layoff of its staff where there is no express reference to termination pay in the applicable collective agreement. With respect, I would find that the arbitrators have jurisdiction and would affirm the decisions of the Quebec Court of Appeal to this effect.

B. *Origin of the Case*

1. Isidore Garon ltée

For several years, the appellant Isidore Garon ltée ("Garon") operated a hardware business specializing in the sale of construction materials. It had signed a collective agreement expiring on June 30, 2000 with the respondent Syndicat du bois ouvré de la région de Québec inc.

On April 15, 1999, the appellant informed its employees that the business would be shut down for economic reasons on June 19, 1999 and gave them nine weeks' notice of termination of employment (Exhibit R-2). In so doing, it was complying with clause 8.02c) of the collective agreement, which

64 Pour ces motifs, je suis d'avis d'infirmer les arrêts de la Cour d'appel, de rétablir le jugement de la Cour supérieure dans le dossier Fillion, d'infirmer le jugement de la Cour supérieure dans le dossier Garon et d'accueillir les requêtes demandant d'annuler les décisions arbitrales, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel et Fish ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

A. *Nature du litige*

65 Ce pourvoi porte sur une demande en révision judiciaire de deux décisions arbitrales. Notre Cour doit déterminer si l'arbitre de griefs a compétence pour entendre une réclamation d'indemnité de licenciement en vertu de l'art. 2091 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), à la suite de la fermeture d'une entreprise et de la mise à pied de son personnel, en l'absence d'un renvoi exprès à cet égard dans les conventions collectives applicables en l'espèce. En toute déférence, je reconnaîtrais la compétence des arbitres et je confirmerais les arrêts de la Cour d'appel du Québec qui ont conclu en ce sens.

B. *Origine du litige*

1. Isidore Garon ltée

66 L'appelante, Isidore Garon ltée (« Garon »), exploitait depuis plusieurs années un commerce de quincaillerie spécialisé dans la vente de matériaux de construction. Elle avait signé avec l'intimé, le Syndicat du bois ouvré de la région de Québec inc., une convention collective expirant le 30 juin 2000.

67 Or, le 15 avril 1999, l'appelante a annoncé à ses salariés que son entreprise fermerait ses portes pour des raisons économiques le 19 juin 1999 et leur a remis un préavis de cessation d'emploi de neuf semaines (pièce R-2). Elle se conformait ainsi à la clause 8.02c) de la convention collective, qui

provided that the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1 ("*A.L.S.*"), s. 82, would apply in the event of a layoff for six consecutive months or more.

68 On April 28, 1999, the respondent union filed a collective grievance (Exhibit R-4) under the collective agreement on behalf of the 12 employees who had been dismissed, claiming additional compensation under art. 2091 *C.C.Q.* That provision gives the parties to a contract of employment with an indeterminate term the right to resiliate it unilaterally, subject to reasonable notice of termination:

2091. Either party to a contract with an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature of the employment, the special circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

69 On May 3, 1999, the appellant replied that it would not take action on the grievance. The business was then closed as scheduled on June 19, 1999.

2. Fillion et Frères inc.

70 The appellant Fillion et Frères (1976) inc. ("Fillion et Frères") operated a new and used motor vehicle sales and repair dealership in the Québec area. It was bound to the respondent Syndicat national des employés de garage du Québec inc. by a collective agreement expiring on November 2, 1997.

71 On November 20, 1997, Fillion et Frères resiliated its sales and service agreement with the Ford manufacturing company. A few days later, on November 24, 1997, the appellant informed its employees that the business would gradually cease operating and would close for good on January 16, 1998. It gave them notice of termination of employment the same day. A first group of employees, composed of Daniel Giroux, Jocelyn Trépanier and Roger Nadeau, would be laid off on December 19, 1997. The second group, composed of Stéphane Giroux, Jean-François Fillion, Roger Laplante,

prévoyait l'application de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 (« *L.n.t.* »), art. 82, en cas de mise à pied de six mois consécutifs et plus.

Le 28 avril 1999, le syndicat intimé a déposé un grief collectif (pièce R-4) fondé sur la convention collective, au nom des 12 salariés congédiés, réclamant une indemnité additionnelle en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* Cette disposition accorde aux parties à un contrat de travail à durée indéterminée le droit de le résilier unilatéralement, à la condition de donner un délai de congé raisonnable :

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

Le 3 mai 1999, l'appelante a répondu qu'elle ne donnerait pas suite à ce grief. Puis, son entreprise a fermé ses portes, comme prévu, le 19 juin 1999.

2. Fillion et Frères inc.

L'appelante, Fillion et Frères (1976) inc. (« Fillion et Frères »), exploitait une concession de vente et de réparation de véhicules automobiles neufs et usagés dans la région de Québec. Elle était liée avec l'intimé, le Syndicat national des employés de garage du Québec inc., par une convention collective expirant le 2 novembre 1997.

Le 20 novembre 1997, Fillion et Frères a résilié sa convention de vente et de service avec le constructeur Ford. Quelques jours plus tard, soit le 24 novembre 1997, l'appelante a avisé ses salariés que l'entreprise cesserait graduellement ses activités et fermerait définitivement ses portes le 16 janvier 1998. Elle leur a remis un préavis de cessation d'emploi le même jour. Un premier groupe de salariés, composé de Daniel Giroux, Jocelyn Trépanier et Roger Nadeau, serait mis à pied le 19 décembre 1997. Le second groupe, composé de Stéphane Giroux, Jean-François Fillion, Roger Laplante,

Denys Fillion and Denis Buteau, would then be laid off on January 16, 1998 (Exhibit S-10).

On December 3, 1997, the respondent union was informed that the business had resiliated its sales and service agreement with Ford and that the employees had received notice of termination of employment in accordance with s. 82 *A.L.S.* (Exhibit S-11). On January 16, 1998, the business did indeed cease operating completely. The same day, the respondent union filed a collective grievance (Exhibit S-2) under the collective agreement on behalf of the eight employees who had been dismissed, claiming additional compensation under art. 2091 *C.C.Q.* All the employees covered by the collective grievance, except Denys Fillion, then filed individual grievances (Exhibits S-3 to S-9).

C. *Judicial History*

1. Isidore Garon ltée

a. *Grievance Arbitration*

The parties chose Jean-Pierre Tremblay to be the arbitrator. When the arbitration began, the appellant Garon made a preliminary objection, arguing that the arbitrator did not have jurisdiction to settle the grievance because the claim was based solely on the *C.C.Q.* and did not expressly or inferentially arise out of the collective agreement. It added that the rules on individual contracts of employment set out in the *C.C.Q.* could not be incorporated into the collective agreement and were inapplicable in a context in which a collective agreement was in force.

In his award dated October 31, 2000, the arbitrator dismissed the employer's objection and found that he had jurisdiction to decide the grievance ([2001] R.J.D.T. 304). In his view, the grievance was based on the collective agreement, which provided that the applicable notice of termination was that set out in s. 82 *A.L.S.* As a result, the determination of the reasonableness of that notice under arts. 2091 *et seq. C.C.Q.* was within his exclusive jurisdiction. He found that clause 10.09 of the collective agreement and s. 100.12(*a*) of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("*L.C.*"), conferred broad jurisdiction on

Denys Fillion et Denis Buteau, subirait le même sort le 16 janvier 1998 (pièce S-10).

72 Le 3 décembre 1997, le syndicat intimé a été informé que l'entreprise avait résilié sa convention de vente et de service avec Ford et que les salariés avaient reçu leur préavis de cessation d'emploi conformément à l'art. 82 *L.n.t.* (pièce S-11). Le 16 janvier 1998, l'entreprise a bel et bien cessé toutes ses opérations. Le même jour, le syndicat intimé a déposé un grief collectif (pièce S-2) basé sur la convention collective, au nom des huit salariés congédiés, réclamant une indemnité additionnelle en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* Tous les salariés visés par le grief collectif, sauf Denys Fillion, déposèrent ensuite des griefs individuels (pièces S-3 à S-9).

C. *Historique judiciaire*

1. Isidore Garon ltée

a. *Arbitrage de griefs*

73 Les parties ont désigné M^e^ Jean-Pierre Tremblay comme arbitre. Dès le début de l'arbitrage, l'appelante Garon a soulevé une objection préliminaire, plaidant que l'arbitre n'avait pas compétence pour décider du grief puisque la réclamation était fondée uniquement sur le *C.c.Q.* et qu'elle ne découlait ni expressément, ni implicitement de la convention collective. Elle a ajouté que les règles relatives au contrat individuel de travail édictées par le *C.c.Q.* ne pouvaient être incorporées à la convention collective. Elles étaient inapplicables dans un contexte où une convention collective était en vigueur.

74 Dans sa décision du 31 octobre 2000, l'arbitre a rejeté l'objection patronale et a reconnu qu'il avait compétence pour trancher le grief ([2001] R.J.D.T. 304). Selon lui, le grief est fondé sur la convention collective, qui prévoit que le délai de congé applicable est celui fixé à l'art. 82 *L.n.t.* Par conséquent, l'appréciation du caractère raisonnable de ce délai selon les art. 2091 et suiv. *C.c.Q.* relève de la compétence exclusive de l'arbitre. Il estime que la clause 10.09 de la convention collective et l'al. 100.12*a*) du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« *C.t.* »), lui accordent une large compétence, qui l'autorise

him, giving him the incidental authority to interpret and apply the provisions of the *C.C.Q.* Finally, he added that arts. 2091 *et seq.* *C.C.Q.* were of public order and that he had to apply them pursuant to s. 62 *L.C.* As of yet, however, the arbitrator has not decided whether the employees were entitled to compensation in the circumstances of the case.

b. *Judicial Review in the Superior Court*

75 On December 6, 2000, the appellant filed an application for judicial review of the arbitration award. On February 6, 2001, Martin J. dismissed the application and confirmed that the arbitrator had jurisdiction, since s. 100.12(*a*) *L.C.* provides that an arbitrator may have recourse to any law of general application to settle a grievance under a collective agreement (D.T.E. 2001T-220).

2. Fillion et Frères inc.

a. *Grievance Arbitration*

76 On February 22, 2000, the appellant Fillion et Frères announced that it wanted to make two preliminary objections before the arbitrator relating to the admissibility of the grievances. First, it argued that the arbitrator had no jurisdiction to hear the grievances because no provision of the collective agreement applied expressly or inferentially to the case. Second, it submitted that the grievances were prescribed because they had been filed more than 15 business days after the employer's decision.

77 In his award dated August 25, 2000, the arbitrator, Denis Tremblay, stated that this Court's recent decisions had extended the jurisdiction of arbitrators to the point where everything that actually arose out of the employer-employee relationship was now within the jurisdiction of a grievances arbitrator, regardless of the legal basis for the claim. Since the collective agreement was silent about notice of termination, the arbitrator found that s. 82 *A.L.S.* had been properly applied but that its supplementary role could not deprive the parties of a claim under arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* He found that those provisions of the *C.C.Q.* had to be regarded

accessoirement à interpréter et à appliquer les dispositions du *C.c.Q.* Enfin, il ajoute que les art. 2091 et suiv. *C.c.Q.* sont d'ordre public et qu'il doit les appliquer suivant l'art. 62 *C.t.* L'arbitre n'a cependant pas encore décidé si les salariés avaient droit à une indemnité dans les circonstances de l'affaire.

b. *Révision judiciaire devant la Cour supérieure*

Le 6 décembre 2000, l'appelante a déposé une requête en révision judiciaire de la décision arbitrale. Le 6 février 2001, le juge Martin a rejeté cette requête et a confirmé que l'arbitre avait compétence puisque l'al. 100.12*a*) *C.t.* prévoit que l'arbitre peut recourir à une loi d'application générale pour décider d'un grief fondé sur la convention collective (D.T.E. 2001T-220).

2. Fillion et Frères inc.

a. *Arbitrage de griefs*

Le 22 février 2000, l'appelante Fillion et Frères a annoncé qu'elle désirait soulever deux objections préliminaires devant l'arbitre quant à la recevabilité des griefs. En premier lieu, elle prétendait que l'arbitre n'avait pas compétence pour entendre les griefs puisque aucune disposition de la convention collective ne s'appliquait, explicitement ou implicitement, au présent litige. En second lieu, selon ses prétentions, les griefs étaient prescrits parce qu'ils avaient été déposés plus de 15 jours ouvrables après la décision de l'employeur.

Dans sa décision du 25 août 2000, l'arbitre, M^e^ Denis Tremblay, affirme que les arrêts récents de notre Cour ont étendu la compétence des arbitres à un point tel que, dorénavant, tout ce qui découle en fait de la relation employeur-employé relève de l'arbitre de griefs, sans égard au fondement légal de la réclamation. En raison du silence de la convention collective en matière de délai de congé, l'arbitre conclut que l'art. 82 *L.n.t.* a été appliqué à bon droit, mais que son rôle supplétif ne peut priver les parties d'une réclamation en vertu des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* Il estime que ces dispositions du *C.c.Q.* doivent être considérées comme incorporées à la

as having been incorporated into the collective agreement because they were of public order. In his view, the arbitrator thus retained inherent jurisdiction to interpret and apply them as if they were an integral part of the agreement. In this context, he was of the opinion that a connecting clause in the collective agreement was not necessary. On the question of prescription, he concluded from his interpretation of clause 6.02 of the collective agreement that time had started to run on the day the business closed, not when the employer informed the employees of the closure. As of yet, however, the arbitrator has not decided the grievances on their merits.

b. *Judicial Review in the Superior Court*

The appellant Fillion et Frères filed an application for judicial review of that award solely as regards the jurisdiction of the grievances arbitrator. On March 9, 2001, Alain J. allowed the application and found that the arbitrator did not have jurisdiction ([2001] R.J.Q. 700). The trial judge's view was that the dispute in this case did not arise out of the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement because that agreement was silent about notice of termination. The employer's obligation was therefore limited to what was set out in the public order provisions of the *A.L.S.* As a result, there were no grounds for a grievance.

3. Quebec Court of Appeal

The Court of Appeal heard the two appeals at the same time and rendered its decisions on December 9, 2003. It found that a dispute will be arbitrable only if its essential character comes within the jurisdiction of a grievances arbitrator. However, in its view, this principle does not mean that an arbitrator has the power to apply and interpret only express provisions of a collective agreement.

Since arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are of public order, the Court of Appeal concluded that they were implicitly incorporated into the collective agreements pursuant to s. 62 *L.C.* Accordingly, it

convention collective compte tenu de leur caractère d'ordre public. À son avis, l'arbitre conserve alors une compétence inhérente pour les interpréter et les appliquer comme si elles en faisaient partie intégrante. Dans ce contexte, il est d'avis qu'une clause de rattachement à la convention collective n'est pas nécessaire. Quant à la prescription, il conclut, d'après son interprétation de la clause 6.02 de la convention collective, que le délai commençait à courir le jour de la fermeture de l'entreprise et non au moment où l'employeur en informa les salariés. L'arbitre n'a toutefois pas encore statué sur le fond des griefs.

b. *Révision judiciaire devant la Cour supérieure*

78 L'appelante Fillion et Frères a déposé une requête en révision judiciaire de cette décision uniquement quant à la compétence de l'arbitre de griefs. Le 9 mars 2001, le juge Alain a accueilli cette requête et a conclu que l'arbitre n'avait pas compétence ([2001] R.J.Q. 700). En l'espèce, d'après le premier juge, le différend ne découle pas de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective en raison du silence de cette dernière en matière de délai de congé. Ainsi, l'obligation de l'employeur se limitait à ce que prévoyaient les dispositions d'ordre public de la *L.n.t.* En conséquence, il n'y avait pas matière à grief.

3. Cour d'appel du Québec

79 La Cour d'appel a entendu les deux pourvois en même temps et a prononcé ses arrêts le 9 décembre 2003. Elle estime que, pour qu'un différend soit arbitrable, son essence doit relever de la compétence de l'arbitre de griefs. Toutefois, elle est d'avis que ce principe n'exige pas que seule une disposition expresse de la convention collective puisse être soumise au pouvoir d'application et d'interprétation de l'arbitre.

80 En raison du caractère d'ordre public des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.*, la Cour d'appel conclut qu'ils sont implicitement incorporés aux conventions collectives en vertu de l'art. 62 *C.t.* Par conséquent,

held that the arbitrators had jurisdiction to hear and decide the grievances at issue. It therefore dismissed Garon's appeal ([2004] R.J.Q. 58) and allowed the appeal by the union in the Fillion et Frères case ([2003] Q.J. 18474 (QL)). It ordered that both cases be referred back to the respective arbitrators to be decided on their merits.

elle déclare que les arbitres avaient compétence pour entendre et trancher les griefs en cause. Elle rejette donc l'appel de Garon ([2004] R.J.Q. 58) et accueille celui du syndicat dans le dossier Fillion et Frères ([2003] J.Q. 18474 (QL)). Dans les deux cas, elle ordonne de renvoyer les dossiers devant leur arbitre respectif afin qu'il se prononce au fond.

4. Appeal to This Court

4. Pourvoi devant la Cour

81 On May 6, 2004, the appellants were granted leave to appeal to this Court from the judgments of the Quebec Court of Appeal ([2004] 1 S.C.R. viii and x).

Le 6 mai 2004, les appelantes ont obtenu l'autorisation d'interjeter appel des jugements de la Cour d'appel du Québec devant notre Cour ([2004] 1 R.C.S. viii et x).

II. Analysis

II. Analyse

A. *Issue*

A. *La question en litige*

82 This appeal concerns the extent of a grievances arbitrator's jurisdiction to apply art. 2091 *C.C.Q.* when there is a collective agreement in force following the certification of an association of employees under the *L.C.* To establish this, we must consider the nature of the connection between a collective agreement and an individual employment relationship under a collective labour relations scheme to determine whether an arbitrator can rule on the application of art. 2091 *C.C.Q.* In other words, does the collective nature of the relationship established by a collective agreement exclude the individual rights granted under art. 2091 *C.C.Q.* from the implicit content of the agreement and thus from the jurisdiction of the grievances arbitrator?

Le présent pourvoi vise à déterminer l'étendue de la compétence de l'arbitre de griefs à l'égard de la mise en application de l'art. 2091 *C.c.Q.* lorsqu'une convention collective est en vigueur à la suite d'une accréditation en vertu du *C.t.* Pour ce faire, nous devons examiner la nature des rapports entre la convention collective et la relation individuelle de travail dans un régime de rapports collectifs de travail pour déterminer si l'arbitre peut statuer sur l'application de l'art. 2091 *C.c.Q.* En d'autres termes, le caractère collectif des rapports établis par la convention collective exclut-il les droits individuels accordés en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.* du contenu implicite de cette convention et, partant, de la compétence de l'arbitre de griefs?

B. *Positions of the Parties*

B. *Positions des parties*

1. Employers

1. Employeurs

a. *Isidore Garon ltée*

a. *Isidore Garon ltée*

83 Relying on the judge-made principle that the general law as it applies to individual contracts of employment is no longer relevant to employer-employee relations governed by a collective agreement, the appellant Garon submits that arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* cannot apply or provide a basis for the collective grievance. It argues that the creation of the collective labour relations scheme excludes

Plaidant l'application du principe jurisprudentiel selon lequel le droit commun du contrat individuel de travail ne s'applique plus lorsque les relations employeur-employé sont régies par une convention collective, l'appelante Garon soutient que les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* ne peuvent s'appliquer ou servir de fondement au grief collectif. Elle prétend que la mise en place du régime des rapports

the general law rules that apply to individual contracts of employment where those rules interfere or are incompatible with the scheme. In this case, the appellant believes that arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are inapplicable because they confer rights that are incompatible with the scheme established by the *L.C.* and the collective agreement. It notes, for example, that art. 2091 *C.C.Q.* recognizes the parties' right to resiliate an individual contract of employment unilaterally without a serious reason, provided that reasonable notice of termination is given, whereas clauses 10.09(2) and 11.01 of the collective agreement and s. 100.12(*f*) *L.C.* provide for the reinstatement of an employee who has been dismissed without a good and sufficient reason.

The appellant adds that the employee's right to reasonable notice of termination is inseparable from the employer's right to resiliate the contract of employment unilaterally. The negation of one necessarily negates the other. Finally, the appellant is of the view that arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are not of public order and do not create mandatory labour standards, even though art. 2092 provides that employees may not renounce the rights given to them by art. 2091.

b. *Fillion et Frères inc.*

The appellant Fillion et Frères also argues that the general law applicable to individual contracts of employment, as set out in the *C.C.Q.*, does not apply when the parties are governed by the collective labour relations system, primarily because the legal schemes in question are incompatible. It further submits that the general law remains inapplicable even where the collective agreement is silent on a particular point, as in this appeal.

While the appellant acknowledges that a grievance may be arbitrable in the absence of an express provision in the collective agreement, it points out that the essential character of the dispute must expressly or inferentially arise out of the interpretation, administration or performance of the collective agreement. In this case, the appellant argues,

collectifs du travail écarte les règles de droit commun propres aux contrats individuels de travail dans la mesure où elles portent atteinte à ce régime ou sont incompatibles avec celui-ci. En l'espèce, l'appelante estime que les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* sont inapplicables puisque ces dispositions consacrent des droits incompatibles avec le régime instauré par le *C.t.* et la convention collective. Elle mentionne, par exemple, que l'art. 2091 *C.c.Q.* reconnaît le droit des parties de résilier unilatéralement le contrat individuel de travail, sans motif sérieux, sous réserve d'un délai de congé raisonnable tandis que les clauses 10.09(2) et 11.01 de la convention collective ainsi que l'al. 100.12*f*) *C.t.* prévoient la réintégration du salarié dans son emploi s'il a été congédié sans cause juste et suffisante.

84 L'appelante ajoute que le droit du salarié de bénéficier d'un délai de congé raisonnable est indissociable de celui de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail. La négation de l'un entraîne nécessairement celle de l'autre. Enfin, l'appelante est d'avis que les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* ne sont pas d'ordre public et qu'ils ne fixent pas des normes de travail obligatoires et ce, même si l'art. 2092 dispose que les salariés ne peuvent renoncer aux droits que leur confère l'art. 2091.

b. *Fillion et Frères inc.*

85 L'appelante Fillion et Frères plaide elle aussi que le droit commun applicable aux contrats individuels de travail contenu au *C.c.Q.* est écarté lorsque les parties sont régies par le système des rapports collectifs du travail, principalement pour cause d'incompatibilités des régimes juridiques en question. Elle estime d'ailleurs que, même en cas de silence de la convention sur un point particulier, comme dans le présent pourvoi, le droit commun demeure inapplicable.

86 Bien qu'elle reconnaisse qu'un grief puisse être arbitrable sans disposition expresse de la convention collective, l'appelante rappelle que l'essence du litige doit découler expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'administration ou de l'exécution de la convention collective. En l'espèce, elle plaide que les griefs sont fondés uniquement

the grievances are based solely on the provisions of the *C.C.Q.* and are therefore not arbitrable.

87 Finally, the appellant argues that the *A.L.S.* contains all the minimum, absolute standards of public order that apply to all employees, whether unionized or not, and that must be adhered to and applied by all employers under Quebec law (ss. 1(4) and 93 *A.L.S.*). Accordingly, it submits, when the legislature chose to put art. 2091 in the *C.C.Q.* rather than the *A.L.S.*, it deliberately gave only non-unionized employees the right to reasonable notice when their employment is terminated.

2. Unions

88 The respondent unions filed a joint factum in this Court. They argue that arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are of public order and that the clauses of the collective agreement therefore cannot derogate from them (art. 9 *C.C.Q.*; s. 62 *L.C.* and s. 41.4 of the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16). As a result, an arbitrator can apply and interpret those provisions to ensure that the collective agreement complies with them. The respondents add that, even where the collective agreement is silent on the matter, the provisions in question are deemed to be included in the agreement and the employer is obliged to comply with them in exercising its general management right, which is sufficient to make the grievance arbitrable.

89 The respondents argue that the individual contract of employment subsists between an employee and an employer even when there is a collective agreement. Accordingly, the provisions relating to individual contracts of employment are applicable to matters not covered by the collective agreement. In addition, since neither the expiry of the collective agreement nor the exercise of the right to strike or to lock out ends the employment relationship, the individual contract of employment remains a contract with an indeterminate term unless the parties expressly provide otherwise. Finally, since the *A.L.S.* establishes only a minimum standard, an employee can claim more under art. 2091 *C.C.Q.* if that minimum does not represent reasonable

sur les dispositions du *C.c.Q.* et qu'ils ne sont donc pas arbitrables.

Enfin, l'appelante argumente que la *L.n.t.* contient l'ensemble des normes minimales, absolues et d'ordre public dont bénéficient tous les salariés, syndiqués ou non, et qui doivent être respectées et appliquées par tous les employeurs en droit québécois (par. 1(4) et art. 93 *L.n.t.*). Ainsi, selon l'appelante, en choisissant d'insérer l'art. 2091 au *C.c.Q.* plutôt qu'à la *L.n.t.*, le législateur a volontairement conféré le droit à un délai de congé raisonnable en cas de cessation d'emploi aux employés non syndiqués seulement.

2. Syndicats

Devant la Cour, les syndicats intimés ont déposé un mémoire conjoint. Ils argumentent que les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* sont d'ordre public et que, par conséquent, les clauses de la convention collective ne peuvent y déroger (art. 9 *C.c.Q.*; art. 62 *C.t.* et art. 41.4 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16). L'arbitre peut donc appliquer et interpréter ces dispositions afin de s'assurer que la convention collective les respecte. Les intimés ajoutent que même en cas de silence de la convention sur le sujet, ces dispositions sont réputées y être incluses et l'employeur est tenu de les respecter dans l'exercice de son droit de gestion général, ce qui suffit pour rendre le grief arbitrable.

Les intimés prétendent que le contrat de travail individuel subsiste entre le salarié et l'employeur, même en présence d'une convention collective. Ainsi, les dispositions relatives aux contrats individuels de travail sont applicables aux matières non couvertes par la convention. De plus, puisque ni l'expiration de la convention collective, ni l'exercice du droit de grève ou de lock-out n'entraînent la rupture du lien d'emploi, le contrat individuel de travail reste à durée indéterminée, sous réserve d'une stipulation expresse des parties à l'effet contraire. Enfin, comme la *L.n.t.* ne fixe qu'une norme minimale, le salarié peut réclamer davantage en vertu de l'art. 2091 *C.c.Q.*, si ce minimum ne représente pas un délai de congé raisonnable dans les

notice of termination in the circumstances. This is because the right to reasonable notice is a rule of public order.

C. *Standard of Judicial Review*

This appeal raises the question of whether the arbitrator has the power to apply arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* to decide the grievances. This is a question of law relating to the arbitrator's jurisdiction. Accordingly, as the parties recognized in this Court, the applicable standard of review is correctness (see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at paras. 21-22 and 83, and *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49).

D. *Legislative Framework*

Labour law is governed by numerous legal rules from various sources, which can be classified based on the role they play. Some of them deal with collective labour relations and allow conditions of employment to be determined through collective bargaining. Others address individual employment relationships, that is, the specific relationship between a worker and an employer. Still others guarantee minimum conditions of employment.

It is important to begin by identifying the many rules that make up the legislative framework applicable to the parties' legal situation so that the application of these standards can be harmonized by determining how they interact to maintain the coherence of Quebec's labour law scheme. This discussion will therefore deal solely with the rules at issue in this appeal.

1. Collective Labour Relations

In the sectors that come under the constitutional jurisdiction of the National Assembly of Quebec, collective labour relations are governed primarily by the *L.C.* It contains, *inter alia*, the legal rules that govern the establishment of conditions

circonstances. En effet, le droit à celui-ci a valeur de règle d'ordre public.

C. *La norme de contrôle judiciaire*

90 Le présent pourvoi pose la question de savoir si l'arbitre détient le pouvoir d'appliquer les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* afin de trancher les griefs. Il s'agit d'une question de droit portant sur la compétence de l'arbitre. Par conséquent, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, comme les parties l'ont reconnu devant notre Cour (voir *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 21-22 et 83, et *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49).

D. *Le cadre législatif*

91 Le droit du travail est régi par de nombreuses règles de droit, provenant de différentes sources, qui peuvent être classifiées en fonction de leur rôle. Les unes traitent des rapports collectifs de travail et permettent l'élaboration des conditions de travail par la négociation collective. D'autres visent les rapports individuels de travail, soit les relations particulières entre le travailleur et l'employeur. Enfin, certaines encore garantissent des conditions de travail minimales.

92 Il importe d'abord de dégager les nombreuses règles formant le cadre législatif applicable à la situation juridique des parties afin d'harmoniser l'application de ces normes, en déterminant de quelle manière elles interagissent pour préserver la cohérence du régime de droit du travail du Québec. Cet exposé portera donc uniquement sur les règles mises en cause par le présent pourvoi.

1. Les rapports collectifs

93 Dans les secteurs d'activité relevant de la compétence constitutionnelle de l'Assemblée nationale du Québec, les rapports collectifs de travail sont principalement régis par le *C.t.* Celui-ci contient, entre autres, les règles de droit gouvernant

of employment through collective bargaining and ensure that the resulting collective agreements are applied. The scope of the *L.C.* is limited, however, by the definitions of "employer" and "employee" in ss. 1(*k*) and (*l*) *L.C.*

94 The *C.C.Q.* and a number of specific statutes, including the *A.L.S.*, may influence the content and result of collective bargaining. However, the application of these legal rules, which often relate to individual employment relationships, may vary with the collective labour relations context. We will return to this question when dealing with the effects of a collective agreement on individual employment relationships.

a. *Certification*

95 Certification, which is now granted by the Commission des relations du travail, authorizes an association of employees (s. 1(*a*) *L.C.*) to represent a group of employees, the appropriate bargaining unit, for the purpose of establishing a collective employment scheme. Whether a union is certified ultimately depends on its representative nature, since it must have the support of a majority of the employees who make up the bargaining unit (ss. 21 and 32 *L.C.*).

96 Certification gives the union an exclusive right of representation. The union thus becomes the only party authorized to represent all present and future employees in the bargaining unit for an indeterminate period (ss. 22, 41 and 43 *L.C.*). The exclusivity of union representation is also the basis for the union's other rights, including the right to receive the union dues the employer must collect (s. 47 *L.C.*).

97 In return, the union assumes a duty of fair representation, that is, it "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" (s. 47.2 *L.C.*). This duty must be discharged in all the union's

l'aménagement des conditions de travail par la voie de la négociation collective et assurant l'application des conventions collectives qui en résultent. Le champ d'application du *C.t.* est cependant limité par les définitions d'« employeur » et de « salarié » contenues aux al. 1*k*) et *l*) *C.t.*

Le *C.c.Q.* et plusieurs lois particulières, notamment la *L.n.t.*, peuvent influencer le contenu et le résultat de la négociation collective. L'application de ces règles de droit, qui concernent souvent les rapports individuels de travail, peut cependant varier selon le contexte d'un régime collectif de travail. Nous reviendrons sur ce problème lorsque nous traiterons des effets de la convention collective sur les rapports individuels du travail.

a. *L'accréditation*

L'accréditation, maintenant accordée par la Commission des relations du travail, habilite une association de salariés (al. 1*a*) *C.t.*) à représenter un groupe de salariés, l'unité de négociation appropriée, pour l'établissement d'un régime collectif de travail. L'octroi de l'accréditation dépend ultimement du caractère représentatif du syndicat, qui doit disposer de l'appui de la majorité des salariés composant l'unité de négociation (art. 21 et 32 *C.t.*).

L'accréditation confère au syndicat l'exclusivité de la fonction de représentation. Celui-ci devient ainsi le seul interlocuteur habilité à représenter tous les salariés, actuels et futurs, compris dans l'unité de négociation pour une période indéterminée (art. 22, 41 et 43 *C.t.*). Le caractère exclusif de la représentation syndicale fonde également d'autres droits du syndicat, notamment celui de se voir remettre les cotisations syndicales que doit prélever l'employeur (art. 47 *C.t.*).

En contrepartie, le syndicat assume une obligation de juste représentation, c'est-à-dire qu'il « 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'[il] représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non »

collective representation activities, whether during bargaining or in applying a collective agreement (see *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, and *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39).

b. *Collective Agreement*

The *L.C.* defines a "collective agreement" as "an agreement in writing respecting conditions of employment made between one or more certified associations and one or more employers or employers' associations" (s. 1(*d*) *L.C.*). As the main source of the substantive norms governing the parties' relationship, it is the "law of the parties". It is binding on all present and future employees contemplated by the certification during its term, as specified by the agreement or by statute (ss. 65, 66 and 67, para. 1 *L.C.*).

The concept of conditions of employment is a very broad one, covering hiring, the performance of work and the consideration received for it, as well as termination of employment and union rights. However, s. 62 *L.C.* limits the parties' freedom to bargain by rendering null any provisions of a collective agreement that are contrary to public order or prohibited by law. We will elaborate on the nature, effects and content of the collective agreement in the sections that follow.

When a collective agreement is reached, the right to strike and to lock out is temporarily suspended (ss. 58, 107 and 109 *L.C.*) to ensure the stability of the parties' relationship for the term of the agreement. Thus, neither the union nor the employer can unilaterally alter the conditions of employment of the employees in the bargaining unit before the collective agreement expires and the right to strike and to lock out is acquired.

c. *Grievance Arbitration*

Section 100, para. 1 *L.C.* provides that disputes respecting the interpretation and application of

(art. 47.2 *C.t.*). Cette obligation s'impose à l'égard de l'ensemble des activités de représentation collective, que ce soit au moment de la négociation ou au cours de l'application d'une convention collective (voir *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, et *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39).

b. *La convention collective*

98 Le *C.t.* définit la « convention collective » comme « une entente écrite relative aux conditions de travail conclue entre une ou plusieurs associations accréditées et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs » (al. 1*d*) *C.t.*). Elle constitue la « loi des parties », en tant que source essentielle des normes substantielles régissant les relations des parties. Elle lie l'ensemble des salariés, actuels et futurs, visés par l'accréditation pour sa durée déterminée de manière conventionnelle ou légale (art. 65, 66 et 67, al. 1 *C.t.*).

99 La notion de conditions de travail est très large et vise autant l'embauche, l'exécution du travail et la contrepartie de celle-ci, que la terminaison de l'emploi ou les droits syndicaux. L'article 62 *C.t.* apporte toutefois une limite à la liberté de négociation des parties en frappant de nullité les dispositions de la convention collective contraires à l'ordre public ou prohibées par la loi. Nous donnerons plus de précisions sur la nature, les effets et le contenu de la convention collective dans les sections qui suivent.

100 La conclusion de la convention collective entraîne la suspension temporaire du droit de grève et de lock-out (art. 58, 107 et 109 *C.t.*), pour assurer la stabilité des rapports entre les parties pour la durée de la convention. Ainsi, ni le syndicat, ni l'employeur ne peuvent unilatéralement modifier les conditions de travail des salariés compris dans l'unité de négociation avant l'expiration de la convention collective et l'acquisition du droit de grève et de lock-out.

c. *L'arbitrage de griefs*

101 L'article 100, al. 1 *C.t.* soumet obligatoirement les conflits relatifs à l'interprétation et à

collective agreements in force must be submitted to the grievance arbitration procedure:

100. Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

Section 1(*f*) *L.C.* defines a "grievance" as "any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement". In other words, whenever the rights claimed arise out of the collective agreement, grievance arbitration is the exclusive forum with the requisite jurisdiction to enforce those rights, unless the parties are able to reach a settlement. The difficult problem that then arises, to which the courts have devoted a great deal of attention, is how to identify situations and rights that arise out of the collective agreement and are therefore within the jurisdiction of an arbitrator.

102 In *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, McLachlin J., writing for the majority, developed a test for determining "when employees and employers are precluded from suing each other in the courts by labour legislation providing for binding arbitration" (para. 37). McLachlin J. accepted the exclusive jurisdiction model, under which, if "the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement" (para. 52), then "the claimant must proceed by arbitration and the courts have no power to entertain an action in respect of that dispute" (para. 50).

103 The reasoning of McLachlin J. in that case expanded on the reasoning of Estey J. in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, in which the Court had refused to allow actions to be brought in the courts to claim damages arising out of an illegal strike called by a union in violation of a collective agreement. Such actions would make it impossible to achieve the objectives of the

l'application des conventions collectives alors en vigueur à la procédure d'arbitrage de griefs :

100. Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déféré à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

L'alinéa 1*f*) *C.t.* définit le « grief » comme étant « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective ». En d'autres termes, dès que les droits réclamés découlent de la convention collective, l'arbitrage de griefs est le forum exclusif ayant la compétence requise pour assurer leur sanction, à moins qu'un règlement à l'amiable ne survienne entre les parties. Un problème difficile, qui a beaucoup occupé la jurisprudence, consiste alors à cerner les situations et les droits qui découlent de la convention collective et qui relèvent alors de la juridiction arbitrale.

Dans *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la juge McLachlin, au nom de la majorité, a élaboré un test destiné à déterminer « dans quels cas une loi sur les relations du travail qui prévoit une clause d'arbitrage exécutoire empêche les employeurs et employés d'intenter une action en justice les uns contre les autres » (par. 37). La juge McLachlin a alors accepté le modèle de la compétence exclusive selon lequel « si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective » (par. 52), alors « le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage, et les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'entendre une action relativement à ce litige » (par. 50).

Le raisonnement suivi par la juge McLachlin dans cette affaire développait celui du juge Estey dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, où la Cour avait refusé de permettre des actions devant les tribunaux pour réclamer des dommages-intérêts découlant d'une grève illégale déclenchée par un syndicat en violation d'une convention collective.

collective labour relations scheme established by the legislature:

> The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law. . . . The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks. [pp. 718-19]

To determine whether the dispute arises out of the collective agreement, two factors must be considered: (1) the nature of the dispute and (2) the ambit of the collective agreement. In *Weber*, McLachlin J. stated that in *St. Anne Nackawic* the Court had insisted that "the analysis of whether a matter falls within the exclusive arbitration clause must proceed on the basis of the facts surrounding the dispute between the parties, not on the basis of the legal issues which may be framed" (para. 43). In *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, however, the Court found it appropriate to point out, in comments by Bastarache J., that only those disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are capable of being excluded from the jurisdiction of the civil courts:

> While McLachlin J. embraced the exclusive jurisdiction model, she emphasized that the existence of an employment relationship, *per se*, does not grant an arbitrator the jurisdiction to hear or decide a dispute. Only those disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts: see *Weber*, at para. 54. [para. 24]

The principles established in *Weber* have been reaffirmed and applied by this Court on

En effet, de telles actions empêcheraient la réalisation des objectifs du régime de rapports collectifs du travail établi par la législature :

> La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*. [. . .] L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches. [p. 718-719]

104 Pour déterminer si le litige découle de la convention collective, deux facteurs doivent être analysés : (1) la nature du litige et (2) le champ d'application de la convention collective. Dans l'arrêt *Weber*, la juge McLachlin précisa que, dans *St. Anne Nackawic*, la Cour avait insisté pour que « l'analyse de la question de savoir si une affaire relève de la clause d'arbitrage exclusif s'effectue non pas sur le fondement des questions juridiques qui peuvent être soulevées, mais sur le fondement des faits entourant le litige qui oppose les parties » (par. 43). Dans *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, la Cour estima toutefois approprié de rappeler, dans des commentaires du juge Bastarache, que seuls les litiges qui résultent explicitement ou implicitement de la convention collective sont susceptibles d'être exclus de la compétence des tribunaux civils :

> Bien que l[a] juge McLachlin ait adopté le modèle de la compétence exclusive, elle a souligné que l'existence d'une relation d'emploi en soi n'accorde pas à l'arbitre la compétence d'entendre et de juger un litige. Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux : voir *Weber*, au par. 54. [par. 24]

105 Les principes établis dans *Weber* furent maintes fois réaffirmés et appliqués par notre Cour

numerous occasions (*New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Regina Police Assn.*; *Parry Sound*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 ("*Morin*")). In *Morin*, however, the decision of the majority of this Court imposed a restriction on the model that assigns exclusive jurisdiction to the grievances arbitrator, finding that the Quebec Human Rights Tribunal had concurrent jurisdiction over cases involving alleged discrimination in the formation of the collective agreement and the alleged invalidity of the agreement on that ground.

106 Since *Morin*, certain authors have discussed how the majority in that case applied the principles established in *Weber* (see D. Nadeau, "L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats: assises d'une fragmentation" (2004), 64 *R. du B.* 161). Their criticism is that, by finding that employees could directly challenge the validity of certain provisions of the collective agreement, this Court failed to have regard to the basic test, namely whether a dispute expressly or inferentially arises out of the agreement. From this perspective, the solution adopted in *Morin* would thus be irreconcilable with the principles, frequently recognized by this Court, of the union's monopoly on representation and the exclusive jurisdiction of the grievances arbitrator (see, *inter alia*, *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; and *Noël*). Despite the concerns that have been expressed, however, *Morin* does not provide any indication that this Court intended to fundamentally change the approach it established in *Weber*.

107 The procedure and rules of evidence that apply to grievance arbitration are set out in very general terms in ss. 100 to 102 *L.C.* Subject to a few restrictions, arbitrators have the authority under s. 100.2, para. 1 *L.C.* to determine the rules of procedure and evidence that will apply. Section 100,

(*Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Regina Police Assn.*; *Parry Sound*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 (« *Morin* »)). Dans *Morin*, l'opinion majoritaire de notre Cour apporte toutefois une restriction au modèle de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs, lorsqu'elle conclut à la compétence concurrente du Tribunal des droits de la personne au Québec, à l'égard des dossiers soulevant des allégations de discrimination dans la formation de la convention collective et d'invalidité de celle-ci pour un tel motif.

Certains auteurs ont depuis discuté l'application faite par les juges majoritaires dans *Morin* des principes établis dans l'arrêt *Weber* (voir D. Nadeau, « L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation » (2004), 64 *R. du B.* 161). Selon ces critiques, en concluant que des salariés pouvaient contester directement la validité de certaines dispositions de la convention collective, notre Cour aurait omis de prendre en compte le test de base consistant à déterminer si un litige résulte expressément ou implicitement de la convention. Dans cette optique, la solution retenue par l'arrêt *Morin* se trouverait donc inconciliable avec les principes du monopole de la représentation détenu par le syndicat et de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs, que notre Cour a fréquemment reconnus (voir notamment *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; et *Noël*). Malgré les inquiétudes qui ont été exprimées, l'arrêt *Morin* ne contient pourtant pas d'indication que notre Cour entendait modifier en profondeur l'approche jurisprudentielle consacrée par l'arrêt *Weber*.

La procédure et les règles de preuve de l'arbitrage de griefs sont prévues en termes très généraux aux art. 100 à 102 *C.t.* Sous réserve de quelques restrictions, l'arbitre reste maître de la détermination des règles applicables en matière de procédure et de preuve en vertu de l'art. 100.2, al. 1 *C.t.*

para. 3 *L.C.* states that, except where provided to the contrary, the rules in the *L.C.* relating to grievance arbitration prevail over any incompatible provisions of any collective agreement. Arbitrators are also subject to the standards imposed by the charters, the provisions of public order in the *C.C.Q.* and the rules of natural justice.

Section 100.12 *L.C.* lists the powers of arbitrators in the exercise of their duties. In particular, para. (*a*) gives arbitrators the important power to "interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance", a power that is highly relevant to these appeals. The arbitration award, which is declared to be without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned (s. 101 *L.C.*). It is also protected by the privative clauses set out in ss. 139, 139.1 and 140 *L.C.*

2. Individual Relationships

Under the general law, the rules governing individual employment relationships apply to the conditions on which such a relationship exists, continues, is carried out and is terminated. The relationship is between one person (the employee) and another person (the employer) under whose direction he or she works. When the civil law of Quebec was reformed in 1994, the *C.C.Q.* codified the legal framework for this relationship in arts. 2085 to 2097. The relationship is established by the formation of a contract of employment, which is defined in art. 2085 *C.C.Q.*:

2085. A contract of employment is a contract by which a person, the employee, undertakes for a limited period to do work for remuneration, according to the instructions and under the direction or control of another person, the employer.

Of course, this nominate contract is also subject to the general rules of contracts (arts. 1377 *et seq.* *C.C.Q.*).

Pursuant to art. 9 *C.C.Q.*, a contract of employment, like any other agreement, cannot derogate from the provisions of the *C.C.Q.* that are of public order. In accordance with the preliminary provision of the *C.C.Q.*, various employment-related

L'article 100, al. 3 *C.t.* prévoit que, sauf disposition contraire, les règles concernant l'arbitrage de griefs contenues dans le *C.t.* prévalent sur les stipulations incompatibles de toute convention collective. L'arbitre est également soumis aux normes édictées par les chartes, aux dispositions d'ordre public du *C.c.Q.* et aux règles de justice naturelle.

L'article 100.12 *C.t.* énumère les pouvoirs de 108
l'arbitre dans l'exercice de ses fonctions. Plus particulièrement, l'al. *a*) accorde à l'arbitre le pouvoir important et fort pertinent pour les besoins des présents pourvois d'« interpréter et [d']appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ». La sentence arbitrale, déclarée sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné (art. 101 *C.t.*). Elle est également protégée par les clauses privatives édictées aux art. 139, 139.1 et 140 *C.t.*

2. Les rapports individuels

Dans le droit commun, les règles régissant les 109
rapports individuels de travail visent les conditions d'existence, de maintien, d'exécution et de terminaison du lien d'emploi, soit la relation entre une personne (salarié) travaillant sous la direction d'une autre (employeur). Lors de la réforme du droit civil québécois en 1994, le *C.c.Q.* a codifié le cadre juridique de cette relation aux art. 2085 à 2097. L'établissement de ces rapports se réalise par la formation d'un contrat de travail défini à l'art. 2085 *C.c.Q.* :

2085. Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur.

Bien sûr, ce contrat nommé est également soumis aux règles générales des contrats (art. 1377 et suiv. *C.c.Q.*).

En vertu de l'art. 9 *C.c.Q.*, comme toute autre 110
convention, le contrat de travail ne peut déroger aux dispositions du *C.c.Q.* qui sont d'ordre public. Conformément à la disposition préliminaire du *C.c.Q.*, les différentes lois édictées en matière

statutes set out other applicable rules that complement or make exceptions to the *C.C.Q.* or establish minimum standards to be met. Where the contract of employment between the parties is silent, the conditions of employment and the rights and obligations of the employer and the employee will therefore be determined by those various statutes and the rules found in the *C.C.Q.*

d'emploi précisent d'autres règles applicables qui ajoutent ou dérogent au *C.c.Q.* ou encore qui fixent des normes minimales à respecter. En cas de silence du contrat de travail intervenu entre les parties, les conditions de travail et les droits et obligations de l'employeur et du salarié seront donc déterminés par ces lois diverses et les règles contenues au *C.c.Q.*

3. Minimum Standards

3. Les normes minimales

111 The freedom of contract originally favoured by the general law intensified the inevitable imbalance of power that existed when conditions of employment were being established by an employee and an employer. Its consequences compelled the legislature to pass many statutes laying down minimum thresholds below which the parties could not negotiate. The standards set out in those statutes are the starting point for negotiating more advantageous conditions.

Le libéralisme contractuel favorisé à l'origine par le droit commun accentua l'inévitable déséquilibre des forces en présence dans l'établissement des conditions de travail entre le salarié et l'employeur. Ses conséquences contraignirent le législateur à adopter de nombreuses lois édictant des seuils minimums en deçà desquels les parties ne peuvent négocier. Les normes contenues dans ces lois servent de point de départ à la négociation de conditions plus avantageuses.

112 The *A.L.S.*, which is of critical importance because of its scope and social significance, is one of those remedial statutes. It is the product of a reform that the Quebec legislature began in 1974 by creating a task force to review the *Minimum Wage Act*, R.S.Q., c. S-1, which had established a large number of mandatory conditions of employment. The final result of that reform was the *Act respecting labour standards*, which was passed and assented to in 1979. Major amendments were subsequently made to that statute, including a reduction in the period of uninterrupted service needed to file a complaint regarding dismissal without good and sufficient cause (see N.-A. Béliveau, *Les normes du travail* (2003), at pp. 1-6). Section 93 *A.L.S.* provides that an exception to the Act may be made only where one of its provisions so allows, although s. 94 *A.L.S.* authorizes the parties to a contract of employment or collective agreement to negotiate more advantageous conditions. These provisions confirm that these legal standards are minimum standards of public order. This means that a collective agreement can grant an employee a more advantageous condition of employment than is provided for in the *A.L.S.*

La *L.n.t.*, une législation d'importance primordiale en raison de son champ d'application et de sa portée sociale, représente l'une de ces lois réparatrices. La *L.n.t.* est issue d'une réforme que le législateur québécois avait entreprise en 1974 par la formation d'un groupe de travail dont la mission consistait à réviser la *Loi sur le salaire minimum*, L.R.Q., ch. S-1, qui établissait jusqu'alors un nombre important de conditions de travail obligatoires. Le résultat final de cette réforme fut la *Loi sur les normes du travail*, adoptée et sanctionnée en 1979. Cette loi a par la suite connu d'importantes modifications, notamment la réduction de la durée du service continu requis pour déposer une plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante (voir N.-A. Béliveau, *Les normes du travail* (2003), p. 1-6). L'article 93 *L.n.t.* prévoit d'ailleurs qu'il ne peut être dérogé à la loi que lorsqu'une de ses dispositions le permet. L'article 94 *L.n.t.* autorise toutefois les parties à un contrat de travail ou à une convention collective à négocier des conditions plus avantageuses. Ces dispositions confirment le caractère minimal et d'ordre public de ces normes légales. Ainsi, la convention collective peut accorder au salarié une condition de travail plus

but cannot deprive the employee of such a condition, or it will be absolutely null.

However, the definitions of "employer" and "employee" in the *A.L.S.*, which apply to both collective labour relations and individual employment relationships (ss. 1(7) and (10) *A.L.S.*), are broader in scope than the *L.C.*'s definitions of the same concepts. As a result, the *A.L.S.* applies to employees who do not have the status of employees under the *L.C.* and therefore cannot benefit from the collective representation scheme established by the *L.C.* The *A.L.S.* provides for many minimum conditions of employment, including the minimum wage (s. 40), the length of the regular workweek (s. 52), overtime pay (s. 55), paid statutory general holidays (s. 60) and the right to a weekly rest period (s. 78).

A number of other statutes establish minimum standards, but they are not at issue in this appeal (see, for example: *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001; *Act respecting collective agreement decrees*, R.S.Q., c. D-2; *Act to secure handicapped persons in the exercise of their rights with a view to achieving social, school and workplace integration*, R.S.Q., c. E-20.1; *National Holiday Act*, R.S.Q., c. F-1.1; *Public Service Act*, R.S.Q., c. F-3.1.1; and *Act respecting occupational health and safety*, R.S.Q., c. S-2.1).

E. *Nature and Effects of a Collective Agreement*

When a collective agreement comes into force, it naturally affects the content of the legal relationship between the employer and its employees. This appeal concerns the hierarchy and nature of the rights protected by labour law rules, and the jurisdiction of an arbitrator. Our interpretation of this Court's decisions on these points leads us to conclude that the rights arising out of an individual contract of employment and the rights protected by the collective scheme can be harmonized in a manner consistent with the hierarchy of legal rules.

avantageuse que celle prévue à la loi, mais elle ne peut l'en priver, sous peine de nullité absolue.

113 Toutefois, les définitions d'« employeur » et de « salarié » dans la *L.n.t.*, qui s'appliquent autant aux rapports collectifs qu'aux rapports individuels de travail (par. 1(7) et (10) *L.n.t.*), ont un champ d'application plus large que les mêmes notions, selon la définition que leur donne le *C.t.* En conséquence, la *L.n.t.* s'applique à des employés qui par ailleurs ne possèdent pas le statut de salarié au sens du *C.t.* et ne peuvent donc pas bénéficier du régime de représentation collective établi par celui-ci. La *L.n.t.* prévoit d'ailleurs l'établissement de nombreuses conditions minimales de travail dont le salaire minimum (art. 40), la durée de la semaine normale de travail (art. 52), la rémunération des heures supplémentaires (art. 55), les congés fériés, chômés et payés (art. 60) et le droit à un repos hebdomadaire (art. 78).

114 Plusieurs autres lois établissent des normes minimales, mais elles ne sont pas mises en cause dans le présent pourvoi (voir par exemple : *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001; *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., ch. D-2; *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*, L.R.Q., ch. E-20.1; *Loi sur la fête nationale*, L.R.Q., ch. F-1.1; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., ch. F-3.1.1; et *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., ch. S-2.1).

E. *Nature et effets de la convention collective*

115 L'entrée en vigueur de la convention collective, en raison de la nature de celle-ci, entraîne des effets sur le contenu des rapports juridiques qui existent entre l'employeur et ses salariés. Le présent pourvoi pose alors la question de la hiérarchisation et de la nature des droits protégés par le droit du travail et celle de la compétence arbitrale. L'interprétation de la jurisprudence de notre Cour en la matière nous amène à conclure que les droits découlant du contrat individuel d'emploi et ceux protégés par le régime collectif peuvent s'harmoniser dans le respect de la hiérarchie des règles de droit.

1. State of the Case Law

116 *Paquet* was the first decision that discussed the nature of a collective agreement and its effects on the existence of individual contracts of employment. In that case, this Court had to determine whether a compulsory check-off clause for union dues (Rand Formula) that applied to all employees in the bargaining unit, whether or not they were union members, could lawfully be included in a collective agreement as a condition of employment (s. 47 *L.C.* now provides that the employer has a legal obligation to withhold union dues).

117 Judson J., writing for the majority, began by determining the union's status in negotiating and signing the collective agreement. In his view, the certified association was a contracting party and not merely the mandatary of the employees in the bargaining unit:

> If the relation between employee and union were that of mandator and mandatary, the result would be that a collective agreement would be the equivalent of a bundle of individual contracts between employer and employee negotiated by the union as agent for the employees. This seems to me to be a complete misapprehension of the nature of the juridical relation involved in the collective agreement. The union contracts not as agent or mandatary but as an independent contracting party and the contract it makes with the employer binds the employer to regulate his master and servant relations according to the agreed terms. [Emphasis added; p. 214.]

118 In *Paquet*, at p. 212, Judson J. stressed the importance of the union's exclusivity as the sole negotiator for the employees in the bargaining unit:

> The union is, by virtue of its incorporation under the *Professional Syndicates' Act* and its certification under the *Labour Relations Act*, the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement. There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated. The collective agreement tells the employer on what terms he must in the future conduct his master and servant relations.

1. L'état de la jurisprudence

L'arrêt *Paquet* fut le premier à commenter la nature et les effets de la convention collective sur l'existence des contrats individuels de travail. Dans cette affaire, notre Cour devait déterminer si une clause de retenue obligatoire de la cotisation syndicale (formule Rand) s'appliquant à l'ensemble des salariés visés par l'unité de négociation, qu'ils soient ou non membres du syndicat, pouvait légalement être incluse dans une convention collective en tant que condition de travail (l'art. 47 *C.t.* prévoit désormais que l'employeur a l'obligation légale d'effectuer de telles retenues).

Le juge Judson, au nom de la majorité, se prononça d'abord sur le statut du syndicat lors de la négociation et de la conclusion de la convention collective. Selon lui, l'association accréditée est une partie contractante et non simplement le mandataire des salariés compris dans l'unité de négociation :

> [TRADUCTION] Si la relation entre employé et syndicat était la même qu'entre mandant et mandataire, une convention collective constituerait un faisceau de contrats individuels entre employeur et employé négociés par le syndicat en tant qu'agent des employés. Selon moi, c'est une fausse interprétation de la nature de la relation juridique propre aux conventions collectives. Le syndicat s'engage par contrat non pas en tant qu'agent ou mandataire mais plutôt en tant que partie contractante indépendante et le contrat qu'il passe avec l'employeur oblige ce dernier à respecter les relations maître-employé selon ce qui a été convenu. [Je souligne; p. 214.]

Le juge Judson, dans *Paquet*, p. 212, souligna l'importance du caractère exclusif du syndicat en tant que négociateur unique des salariés contenus dans l'unité d'accréditation :

> [TRADUCTION] Du fait qu'il est constitué sous le régime de la *Loi des syndicats professionnels* et accrédité en vertu de la *Loi des relations ouvrières*, le syndicat est le représentant de tous les employés de l'unité pour la négociation de la convention collective. Les négociations privées entre employeur et employé n'ont plus leur place. Il est certain qu'au regard des matières visées par la convention collective, la liberté contractuelle entre maître et employé individuel est supprimée. La convention collective dicte à l'employeur ce que seront ses futures relations maître-employé.

In subsequent decisions, this Court sought to interpret Judson J.'s comments that "[t]here is no room left for private negotiation" and that "freedom of contract . . . is abrogated" by suggesting that individual contracts of employment were abolished once a collective agreement was reached. The interpretations of those comments must be considered in the context of a complete analysis of the complex ties between an individual employment relationship and a collective agreement under a collective labour relations scheme.

Des décisions subséquentes ont cherché à interpréter les commentaires du juge Judson selon lesquels « [l]es négociations privées [. . .] n'ont plus leur place » et « la liberté contractuelle [. . .] est supprimée » en laissant entendre que les contrats individuels de travail étaient abolis dès qu'une convention collective était conclue. Les interprétations de ces observations doivent être examinées dans le contexte d'une analyse complète de la complexité des rapports entre la relation individuelle d'emploi et la convention collective dans un régime de rapports collectifs de travail. 119

McGavin Toastmaster is one of the decisions cited in support of the theory that individual contracts are abolished. In that case, an illegal strike by employees had precipitated the closure of a business. The employer, claiming that the employees had violated their individual contracts of employment by participating in the illegal strike and had thus terminated their employment, refused to pay them the severance pay provided for in the collective agreement. The issue was therefore whether the strike had terminated the employment relationship. This Court found that the very nature of the collective labour relations scheme precluded such a result. In the opinion of Laskin C.J., the collective agreement could not be treated as "a mere appendage of individual [employment] relationships" (p. 724). He refused to accept a general law (common law) rule that would have contradicted a fundamental principle of the collective labour relations scheme established by the legislature:

McGavin Toastmaster est l'un des arrêts invoqués à l'appui de la théorie de l'abolition des contrats individuels. Dans cette affaire, une grève illégale des employés avait précipité la fermeture d'une entreprise. L'employeur, prétendant que les salariés avaient violé leur contrat individuel de travail en participant à la grève illégale et qu'ils avaient ainsi mis fin à leur emploi, refusait de leur verser l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la convention collective. Il s'agissait donc de déterminer si la grève mettait fin à la relation d'emploi. Notre Cour conclut que la nature même du régime de rapports collectifs de travail exclut une telle solution. Pour le juge en chef Laskin, la convention collective ne pouvait être considérée « comme simplement accessoire aux relations individuelles » de travail (p. 724). Il refusait d'accepter une règle de droit commun qui aurait contredit un principe fondamental du régime de relations collectives de travail désormais établi par le législateur : 120

> The reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage and even then there are qualifications which arise by reason of union security clauses in collective agreements. 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. [p. 725]

> Dans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage et même là, elles sont subordonnées aux clauses de sécurité syndicale des conventions collectives. 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 l[a] compagnie en tant que parties principales à la convention. [p. 725]

Since the subject matter of the dispute was governed by the provisions of the collective agreement

Puisque l'objet du litige était régi par les dispositions de la convention collective et par les 121

and by specific legislation applicable to collective labour relations, the Chief Justice concluded that the general law could not be applied to support the position that the individual contracts of employment had been terminated because the strike was illegal and had resulted in the employees' work not being performed:

> Neither this Act [the *Mediation Services Act*] nor the companion *Labour Relations Act* could operate according to their terms if common law concepts like repudiation and fundamental breach could be invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists. [pp. 726-27]

122 In *St. Anne Nackawic*, in which the employer claimed damages for the harm it suffered as a result of the shutdown of its business caused by an illegal strike by employees in one of the bargaining units, the question of the relationship between the collective labour relations scheme and the general law arose once again. Since the legislation included a binding arbitration clause, it was necessary to determine whether the ordinary courts had jurisdiction to hear the claim.

123 Estey J., writing for this Court, reaffirmed that the collective agreement and collective labour relations legislation take precedence over the rules of general law:

> From the above survey of the cases, a general consensus is evident. The courts have no jurisdiction to consider claims arising out of rights created by a collective agreement. Nor can the courts properly decide questions which might have arisen under the common law of master and servant in the absence of a collective bargaining regime if the collective agreement by which the parties to the action are bound makes provision for the matters in issue, whether or not it explicitly provides a procedure and forum for enforcement. [Emphasis added; p. 720.]

124 A few years later, in *Hémond*, this Court had to decide whether foremen who returned to a bargaining unit were entitled to the seniority rights provided for in the agreement that had been in effect at the time they left the unit. Those rights had not

lois particulières applicables aux rapports collectifs du travail, le Juge en chef conclut que le droit commun ne pouvait trouver application pour justifier la thèse d'une résiliation des contrats individuels d'emploi en raison de l'illégalité de la grève et de l'inexécution des prestations de travail qu'elle provoquait :

> Ni cette loi [*Mediation Services Act*], ni le *Labour Relations Act* ne pourraient être appliqués selon leurs termes si des principes de droit commun tels que la répudiation et la violation d'une disposition fondamentale pouvaient être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure. [p. 726-727]

Dans *St. Anne Nackawic* où l'employeur réclamait des dommages-intérêts pour le préjudice subi par suite de la fermeture de son entreprise provoquée par une grève illégale des salariés de l'une des unités de négociation, la question des relations entre le régime des rapports collectifs de travail et le droit commun revient de nouveau. Puisque la législation prévoyait une clause d'arbitrage obligatoire, il fallait déterminer si les tribunaux de droit commun étaient compétents pour entendre cette demande.

Le juge Estey, au nom de notre Cour, réaffirma la primauté de la convention collective et des lois relatives aux relations collectives de travail sur les règles du droit commun :

> Un consensus général se dégage clairement de cette étude de la jurisprudence. Les tribunaux ne sont pas compétents pour entendre des réclamations qui découlent des droits créés par une convention collective. Les tribunaux ne peuvent pas non plus trancher à bon droit des questions qui auraient pu résulter en *common law* de la relation employeur-employé en l'absence d'un régime de négociations collectives si la convention collective qui lie les parties à l'action prévoit les questions en litige, qu'elle prévoit ou non une procédure et une juridiction pour son application. [Je souligne; p. 720.]

Quelques années plus tard, dans *Hémond*, notre Cour devait déterminer si des contremaîtres qui réintégraient une unité de négociation pouvaient bénéficier des droits d'ancienneté prévus à la convention en vigueur au moment de leur départ de

been incorporated into the agreement that was in effect when they rejoined the bargaining unit. Recognizing that the agreement regulated the content of the individual employment relationships, Gonthier J. adopted the comments of Laskin C.J. in *McGavin Toastmaster* and Judson J. in *Paquet*, adding:

When a collective agreement exists, individual rights are for all practical purposes superseded. [p. 975]

In *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, the Court had to decide whether the terms and conditions of employment set out in a collective agreement continued to apply when the agreement expired. The union's argument was that the individual contracts of employment resumed operation when the collective agreement expired. After stating that the conclusion that "individual contracts of employment no longer arise if the parties are in a collective bargaining relationship" was "inescapable since the decision . . . in *McGavin Toastmaster*" (p. 1006), La Forest J. concluded that the "collective agreement displaced the common law of individual employment" (p. 1007), even where the agreement was no longer in existence, as long as the union remained certified:

The operative factor, it seems to me, is the ongoing duty on the parties to bargain collectively and in good faith. So long as that obligation remains, then the tripartite relationship of union, employer and employee brought about by the Code displaces common law concepts. The termination of the collective agreement has no effect on the obligation of the parties to bargain in good faith imposed by [the British Columbia *Labour Code*]. The union retains its certification as the representative of the employees whether a collective agreement is in force or not. The scheme of the *Labour Code*, requiring the union and the employer to bargain collectively as the expiry of a collective agreement approaches (ss. 62 and 63) does not leave any room for the operation of common law principles. [pp. 1007-8]

More recently, in *Noël*, this Court had to determine whether an employee could personally appeal against an arbitration award. Noting that only the union had the authority to do this pursuant to the principle of exclusive representation in Quebec law,

cette unité, qui n'étaient pas repris dans la convention en vigueur lors de leur réintégration. Reconnaissant le caractère réglementaire de la convention à l'égard du contenu des rapports individuels d'emploi, le juge Gonthier faisait siens les propos du juge en chef Laskin dans *McGavin Toastmaster* et du juge Judson dans *Paquet* en ajoutant :

Quand il existe une convention collective, les droits individuels sont à toutes fins pratiques écartés. [p. 975]

125 Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, la Cour devait décider si les conditions de travail prévues à la convention collective continuaient de s'appliquer au moment de son expiration. Suivant les prétentions du syndicat, les contrats individuels de travail redevenaient opérants à l'expiration de la convention collective. Après avoir déclaré que la conclusion selon laquelle « il n'y a plus de contrats individuels de travail lorsque les parties se trouvent dans une relation de négociation collective » est « inéluctable depuis l'arrêt [. . .] *McGavin Toastmaster* » (p. 1006), le juge La Forest conclut que la « convention collective [supplantait] la *common law* en matière de contrat individuel de travail » (p. 1007), et ce, même lorsqu'elle n'est plus en vigueur, aussi longtemps que l'accréditation du syndicat subsistait :

Le facteur clé, me semble-t-il, est l'obligation permanente des parties de négocier collectivement et de bonne foi. Tant que cette obligation subsiste, la relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supplante les principes de *common law*. L'expiration de la convention collective n'a aucun effet sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi conformément [au *Labour Code* de la Colombie-Britannique]. Le syndicat conserve son accréditation comme représentant des employés, peu importe qu'une convention collective soit en vigueur ou non. Le régime juridique établi par le *Labour Code*, qui exige que le syndicat et l'employeur négocient collectivement à l'approche de l'expiration d'une convention collective (art. 62 et 63), ne laisse aucune place à l'application des principes de *common law*. [p. 1007-1008]

126 Plus récemment, dans *Noël*, notre Cour devait déterminer si un salarié pouvait lui-même se pourvoir contre une décision arbitrale. Rappelant que le syndicat était le seul à être habilité à le faire en conformité avec le principe de représentation

this Court confirmed that the collective scheme takes precedence over the individual framework:

> A collective framework supersedes the traditional contractual process, which is based on individual relations between the employer and its employees. [para. 43]

127 While some of the passages reproduced above have been used to support positions that rule out the survival of the individual contract when labour relations are governed by a collective scheme, I do not think they need to be given this scope in present-day Quebec labour law. Some of the comments made by this Court in the decisions in question have often been quoted out of context and without regard to all the circumstances in which they were made. Moreover, the position that the *C.C.Q.*'s rules regarding individual contracts of employment become totally irrelevant in the context of a collective agreement would have consequences that are sometimes strange or that are difficult to reconcile with what is needed for the proper functioning and coherence of the labour relations system in Quebec. I will return to this point.

128 It is true that individual contracts cannot derogate from the provisions of the collective agreement in a manner that defeats the effects of the collective labour relations scheme, since those provisions take precedence in determining the actual content of the conditions of employment, subject to provisions of public order. In the decisions discussed above, this Court favoured recognizing the certified union's exclusive right of representation and the regulatory effect of the collective agreement in relation to individual contracts of employment. For example, it is correct to say that the collective scheme leaves no room for individual negotiation between employer and employee. The certified association's exclusivity as the employees' representative must remain intact at all times (*Paquet* and *Noël*). Other important principles must also be adhered to at all times: the duty to bargain collectively and in good faith (*Paccar*), the binding nature of grievance arbitration (*St. Anne Nackawic*), the effect of the right to strike being exercised and the return to work (*McGavin Toastmaster*), and the requirement that there be only one collective agreement

exclusive en droit québécois, notre Cour confirmait la préséance du régime collectif sur le cadre individuel :

> Un cadre collectif se substitue au mécanisme contractuel traditionnel, fondé sur des rapports individuels entre l'employeur et ses salariés. [par. 43]

Bien que certains des extraits reproduits précédemment aient été utilisés au soutien des thèses qui excluent la survie du contrat individuel lorsque les relations de travail sont régies par un régime collectif, je ne crois pas qu'il faille leur donner cette portée dans le droit du travail actuel du Québec. Certains des commentaires faits par notre Cour dans ces décisions ont souvent été cités hors de leur contexte et compte non tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ils ont été faits. La thèse de la disparition totale des règles du contrat individuel de travail prévues au *C.c.Q.* en présence d'une convention collective aurait d'ailleurs des conséquences parfois étranges ou difficilement compatibles avec les exigences du bon fonctionnement et de la cohérence du système de relations de travail au Québec. J'y reviendrai.

Il est exact que des contrats individuels ne peuvent déroger aux dispositions de la convention collective pour mettre en échec les effets du régime des rapports collectifs du travail, puisque celles-ci ont préséance pour déterminer le contenu effectif des conditions d'emploi sous réserve des dispositions d'ordre public. Dans les arrêts examinés plus haut, notre Cour a favorisé la reconnaissance de l'exclusivité de la fonction représentative du syndicat accrédité et l'effet réglementaire de la convention collective à l'égard des contrats individuels d'emploi. Par exemple, il est exact de prétendre que le régime collectif ne laisse aucune place à la négociation individuelle entre employeur et salarié. Le caractère exclusif de l'association accréditée en tant que représentante des salariés doit demeurer intact en tout temps (*Paquet* et *Noël*). D'autres principes importants doivent également être constamment respectés : l'obligation de négocier collectivement et de bonne foi (*Paccar*), la nature obligatoire de l'arbitrage de griefs (*St. Anne Nackawic*), l'effet de l'exercice du droit de grève et le retour au travail (*McGavin Toastmaster*) ou l'unicité de la

which, during its term, is binding on all the workers included in the bargaining unit (*Hémond*).

However, recognizing the certified union's exclusivity and assigning a regulatory function to the collective agreement does not resolve the question of the implicit obligational content of that agreement and, in some cases, the employment relationships to which it applies. Nor does it completely resolve the question of how this scheme relates to the general law set out in the *C.C.Q.* and the principles of the civil law system it governs. A number of judgments support the position that Quebec's collective labour law scheme does not completely preclude the application of the general law but rather preserves at least a supplementary role for it when specific statutes and the collective agreement do not provide answers to the questions asked.

In 1947, the Quebec Court of Appeal stated this view in *Association catholique des institutrices du district n° 16 Inc. v. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse de St-Athanase*, [1947] B.R. 703. At that time, it stressed the principle that the collective agreement has a regulatory effect:

> [TRANSLATION] It is apparent from the trial judge's reasons that he saw an inconsistency between a collective labour agreement and the provisions of the Education Act stating that teachers must be hired by individual contract. This is clearly a mistake. A collective labour agreement is not a collective contract of employment. It does not take the place of a contract of service but rather establishes conditions of employment that will be deemed to be part of the individual contracts of employment. [p. 712]

In a case involving the application of the provisions of the *A.L.S.* relating to notice of dismissal, *Quebec (Commission des normes du travail) v. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108, the Quebec Court of Appeal recognized the position that the individual contract of employment and the collective agreement coexist. Referring to the opposing position, Chevalier J. (*ad hoc*) stated the following:

convention collective qui, pendant sa durée, lie tous les travailleurs intégrés dans l'unité d'accréditation (*Hémond*).

Toutefois, la reconnaissance de l'exclusivité de la fonction du syndicat accrédité et l'attribution d'une fonction réglementaire à la convention collective ne règlent pas le problème du contenu obligationnel implicite de cette convention et parfois des rapports d'emploi auxquels elle s'applique. Elle ne résout pas non plus totalement la question des rapports de ce régime avec le droit commun qu'exprime le *C.c.Q.* et les principes du système de droit civil qu'il encadre. Plusieurs jugements appuient d'ailleurs l'opinion suivant laquelle le régime collectif de droit du travail québécois n'écarte pas complètement l'application du droit commun, mais lui conserve plutôt un rôle au moins supplétif lorsque les lois particulières et la convention collective n'offrent pas de réponse aux questions posées. 129

En 1947, la Cour d'appel du Québec s'exprimait en ce sens dans *Association catholique des institutrices du district n° 16 Inc. c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse de St-Athanase*, [1947] B.R. 703. Elle soulignait, dès ce moment, le principe d'un effet réglementaire de la convention collective : 130

> Il ressort de l'exposé des motifs du premier juge que ce dernier a vu une incompatibilité entre une convention collective de travail et les dispositions de la Loi de l'instruction publique d'après lesquelles les instituteurs doivent être engagés par contrats individuels. Il y a là une méprise évidente. La convention collective de travail n'est pas un contrat d'engagement collectif; elle ne tient pas lieu de contrat de louage, mais elle fixe des conditions de travail qui seront censées faire partie des contrats d'engagement individuels. [p. 712]

À l'occasion d'un débat sur l'application des dispositions de la *L.n.t.* relatives au préavis de licenciement, la Cour d'appel du Québec a reconnu la thèse de la coexistence du contrat de travail individuel et de la convention collective dans l'affaire *Québec (Commission des normes du travail) c. Campeau Corp.*, [1989] R.J.Q. 2108. Se référant à la théorie opposée, le juge Chevalier (*ad hoc*) affirmait : 131

[TRANSLATION] With respect, I find this reasoning to be incorrect. It confuses the concepts of collective agreement and individual contract of employment and is based on the principle that they cannot coexist. In short, this reasoning presupposes that, when a collective agreement comes into force, it supplants every individual agreement that may exist at the time and prevents any future employee from contracting with the employer on any subject whatsoever, even on a subject for which the collective agreement makes no provision.

Rather strangely, supporters [of this position] . . . rely, *inter alia*, on the same two decisions of the Supreme Court of Canada, in which they claim to find justification for their conclusions: *Syndicat Catholique des Employés de Magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée* and *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*.

A careful examination of these two decisions will persuade the reader that the Supreme Court did not reject the idea that the individual contract and the collective agreement can coexist. [Citations omitted; pp. 2112-13.]

132 Chevalier J. also referred to comments made by Professor René Doucet in an article entitled "La résiliation du contrat de travail en droit québécois" (1974), 9 *R.J.T.* 249. In that article, Professor Doucet challenged the position that the individual contract ceases to have effect in the context of a collective bargaining scheme:

[TRANSLATION] . . . a collective agreement is not a collective contract of employment or a combination of individual contracts. It therefore does not terminate or take the place of the individual contract of employment. That contract continues to be the normal method of becoming an employee. The hiring of an employee, and the termination of his or her employment, are matters governed by the individual contract of employment. The collective agreement establishes standards, working conditions and procedures that must be followed by the parties and are binding on the employees. Those standards, conditions and procedures may cancel or alter the terms set out in the individual contract of employment, but that contract remains in effect to the extent that it has not been so altered by the collective agreement.

According to the case law, the conditions of employment set out in the collective agreement are deemed to be part of individual contracts. This does not mean they are incorporated into the individual contract of employment. That contract subsists as the instrument

Avec égard, j'estime que ce raisonnement est erroné. Il confond les notions de convention collective et de contrat individuel de travail et part du principe que celui-ci ne peut coexister avec celle-là. En somme, il présuppose que, dès son entrée en vigueur, une convention collective se substitue à toute entente individuelle qui peut alors exister et empêche tout futur salarié de contracter avec l'employeur sur quelque sujet que ce soit, même sur un sujet pour lequel la convention collective n'aurait rien prévu.

Assez étrangement, les tenants [de cette thèse] [. . .] font, entre autres, appel aux mêmes deux jugements de la Cour suprême du Canada où ils prétendent trouver la justification de leurs conclusions. Il s'agit des arrêts de *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Cie Paquet Ltée* et de *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*.

Une étude attentive de ces deux arrêts amène le lecteur à la conviction que la Cour suprême n'a pas répudié la notion de la coexistence du contrat individuel et de la convention collective. [Références omises; p. 2112-2113.]

Le juge Chevalier fait également référence à des commentaires du professeur René Doucet, dans un article intitulé « La résiliation du contrat de travail en droit québécois » (1974), 9 *R.J.T.* 249. Cet auteur contestait alors la thèse d'une disparition totale du contrat individuel dans le contexte d'un régime de négociation collective :

. . . la convention collective n'est pas un contrat d'engagement collectif ni une juxtaposition de contrats individuels. Elle ne met donc pas fin au contrat individuel de travail et n'en tient pas lieu. Celui-ci demeure le mode normal d'acquisition du statut du salarié. L'engagement d'un employé, de même que la cessation de son emploi, sont du ressort du contrat individuel de travail. La convention collective établit des normes, des conditions d'exercice, des procédures qui doivent être observées par les parties et qui lient les salariés. De telles normes, conditions et procédures peuvent annuler ou modifier les conditions stipulées dans le contrat individuel de travail, mais celui-ci demeure en vigueur dans la mesure où la convention collective ne l'a pas ainsi modifié.

D'après la jurisprudence, les conditions de travail stipulées dans la convention collective sont censées faire partie des contrats individuels. Ce qui ne signifie pas qu'elles soient incorporées au contrat individuel de travail. Celui-ci subsiste comme instrument de

that ties the employee to the business and thus as an act by which the employee adheres to the rules found in the collective agreement. [p. 263]

The impact of the collective agreement on the individual employment relationship is indeed substantial. However, there remains, at the very least, an individual act under which the employee is hired, and its effect, in any case, survives should the certification and the collective agreement cease to have effect.

2. Impact on Individual Relationships

Several of the fundamental principles that structure collective labour law significantly change the dynamics of the individual relationships previously established between the employer and the employees. The legislative framework governing the collective labour relations scheme discussed above creates three basic institutions that confirm the unique nature of that scheme: certification, which gives the union an exclusive right of representation, the collective agreement, which becomes the law of the parties, and grievance arbitration, which is the preferred forum for resolving disputes.

Since the certified union now has a monopoly on representation and bargaining, the employee and the employer can no longer agree on conditions that differ from those set out in the collective agreement. The principle of freedom of contract in the workplace, which applies in conformity with the framework established by the *C.C.Q.* and specific statutes, becomes totally irrelevant. The *L.C.*, which now governs the parties, that is, the employer and the certified association, requires them to negotiate diligently and in good faith (s. 53). To negotiate conditions of employment individually becomes legally impossible.

However, defining the true nature of a collective agreement continues to be a delicate task, despite all the efforts made by the courts. In *Parry Sound*, this Court attempted to define it as follows:

. . . this willingness to consider factors other than the parties' expressed intention is consistent with the fact

rattachement du salarié à l'entreprise et partant, comme acte d'adhésion à la réglementation contenue dans la convention collective. [p. 263]

L'impact des conventions collectives sur la relation individuelle d'emploi est certes considérable. Toutefois, il subsiste à tout le moins un acte individuel d'embauche dont l'effet survit de toute façon à la disparition de l'accréditation et de la convention collective. 133

2. Impact sur les rapports individuels

Plusieurs des principes fondamentaux qui structurent le droit du travail collectif modifient considérablement la dynamique des relations individuelles qui s'établissaient auparavant entre l'employeur et les salariés. En effet, le cadre législatif entourant le régime collectif étudié précédemment crée trois institutions fondamentales qui confirment la spécificité du régime de rapports collectifs de travail : l'accréditation qui confère l'exclusivité de la fonction de représentation au syndicat, la convention collective qui devient la loi des parties et l'arbitrage de griefs qui constitue le forum privilégié pour la résolution des conflits. 134

Puisque le syndicat accrédité détient maintenant le monopole de représentation et de négociation, le salarié et l'employeur ne pourront plus s'entendre sur des conditions différentes de celles prévues à la convention collective. Le principe de la liberté contractuelle en milieu de travail, qui s'applique dans le respect du cadre établi par le *C.c.Q.* et les lois particulières, disparaît totalement. Le *C.t.*, qui régit maintenant les parties, soit l'employeur et l'association accréditée, leur impose l'obligation de négocier avec diligence et bonne foi (art. 53). La négociation individuelle des conditions de travail devient juridiquement impossible. 135

Par ailleurs, la définition de la véritable nature de la convention collective reste une tâche délicate, malgré tous les efforts de la jurisprudence. Dans *Parry Sound*, notre Cour a tenté de la définir en ces termes : 136

. . . le souci de tenir compte de facteurs autres que l'intention exprimée par les parties se concilie avec le

that collective bargaining and grievance arbitration has both a private *and* public function. The collective agreement is a private contract, but a contract that serves a public function: the peaceful resolution of labour disputes. [Reasons of Iacobucci J., at para. 30 (emphasis in original).]

. . .

Although these labour agreements are entered into under the collective bargaining framework established by the *Labour Relations Act, 1995*, they are essentially private contracts of significant public importance. [Reasons of Major J., at para. 95.]

137 The collective agreement is binding on the certified union and the employer during its term. The collective will of the union replaces the individual will of the employees, whose employment scheme becomes the agreement. The collective agreement also establishes temporary peace in the company. Once it is signed and comes into force, the use of pressure tactics such as strikes and lock-outs is prohibited during its term. This stability in labour relations is one of the primary objectives of the collective scheme. It is in the interest of the workers as well as the employer and the company's customers. *McGavin Toastmaster* illustrates the importance of this objective: general law remedies cannot be used to argue that the collective agreement has been repudiated, even where there has been a breach of an obligation as fundamental as the prohibition against striking.

138 As I noted above, one of the institutions that is most characteristic of collective labour relations is obviously the grievance arbitration procedure. Disagreements respecting the interpretation and application of the collective agreement will therefore fall under the jurisdiction of an arbitrator, not of the ordinary courts.

139 However, it is important to properly distinguish two concepts: the survival of the individual contract of employment and the employee's residual freedom of contract. Although employees are not allowed to participate individually in

fait que la négociation collective et l'arbitrage ont une fonction qui est à la fois privée *et* publique. La convention collective est un contrat privé, mais un contrat qui sert une fonction publique : le règlement pacifique des conflits de travail. [Opinion du juge Iacobucci, par. 30 (souligné dans l'original).]

. . .

Bien que ces conventions de travail soient conclues dans le cadre de la négociation collective établi par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, il s'agit essentiellement de contrats privés d'une grande importance pour le public. [Opinion du juge Major, par. 95.]

La convention collective lie le syndicat accrédité et l'employeur pendant sa durée. La volonté collective du syndicat remplace la volonté individuelle des salariés dont le régime de travail devient la convention. Par ailleurs, la convention collective établit une paix temporaire dans l'entreprise. Sa conclusion et son entrée en vigueur entraînent l'interdiction du recours aux moyens de pression tels la grève et le lock-out pendant sa durée. Cette stabilité dans les relations de travail constitue l'un des principaux objectifs du régime collectif. Les travailleurs, tout comme l'employeur et la clientèle d'une entreprise y trouvent un intérêt. L'arrêt *McGavin Toastmaster* illustre l'importance de cet objectif : on ne pourra utiliser les recours de droit commun pour prétendre à la résolution de la convention collective et ce, même en présence de l'inexécution d'une obligation aussi fondamentale que celle de l'interdiction du recours à la grève.

Comme je l'ai souligné plus haut, une des institutions les plus caractéristiques des rapports collectifs de travail est évidemment celle de la procédure d'arbitrage de griefs. Les mésententes relatives à l'interprétation et l'application de cette convention collective relèveront donc de la compétence de l'arbitre et non de celle des tribunaux de droit commun.

Toutefois, il importe de bien distinguer deux concepts : la survie du contrat individuel de travail et la liberté contractuelle résiduelle du salarié. Bien qu'il soit interdit aux salariés de participer de façon individuelle à la négociation d'un contrat avec

negotiating a contract with the employer under the collective scheme, this does not mean that no such contract exists.

An individual contract continues to exist after a union is certified and a collective agreement is in place. This result is necessary because it explains the legal basis of the various obligations imposed on the employer and the employee, and also because labour legislation, as prolix and complex as it may be, does not cover all aspects of labour relations, even in a collective context. The rules of the *C.C.Q.* supplement that legislation and make up for any silences or gaps in the collective agreement.

F. *Content of the Collective Agreement*

In principle, of course, the collective agreement contains all the conditions of employment expressly included by the parties during the collective bargaining process. However, the parties' ability to freely negotiate the substantive standards that will govern them is limited by the obligation to respect, or incorporate into the agreement, the rights and values protected by the charters and the legal rules imposed by the legislature, including certain general principles of law, particularly those that are of public order.

1. *Parry Sound* and the Implicit Content of the Collective Agreement

In *Parry Sound*, the majority of this Court favoured a broad view of the content of the collective agreement, despite its silence, by implicitly incorporating certain statutory rules into it. That was an Ontario case, of course, and the statutes applied were not the same as the ones being examined in this appeal. However, the legislative framework that governs this appeal does not prevent us from drawing significant analogies with the situation considered in *Parry Sound* and the principles established in that decision.

In *Parry Sound*, a probationary employee was discharged when she returned from maternity leave. Alleging that she had been discriminated

l'employeur dans un régime collectif, cela ne signifie pas qu'un tel contrat n'existe pas.

140 Un contrat individuel survit à l'accréditation d'un syndicat et au régime de la convention collective. D'une part, cette solution s'impose parce qu'elle permet d'expliquer le fondement juridique de diverses obligations auxquelles l'employeur et le salarié sont tenus. D'autre part, elle est nécessaire puisque les lois du travail, en dépit de leur prolixité et de leur complexité, ne couvrent pas tous les aspects des relations de travail, même lorsqu'elles se situent dans un cadre collectif. Le régime du *C.c.Q.* les complète et supplée aux silences ou aux lacunes des conventions collectives.

F. *Le contenu de la convention collective*

141 Certes, en principe, la convention collective contient l'ensemble des conditions de travail incluses expressément par les parties lors de la négociation collective. Cette faculté des parties de négocier librement les normes substantielles les régissant est toutefois restreinte par l'obligation de respecter ou d'incorporer à la convention les droits ou les valeurs protégés par les chartes et les règles de droit imposées par le législateur, y compris certains principes généraux du droit commun, notamment ceux qui ont un caractère d'ordre public.

1. *Parry Sound* et le contenu implicite de la convention collective

142 Dans *Parry Sound*, la majorité de notre Cour a favorisé une vision ample du contenu de la convention collective malgré le silence de celle-ci, en y incorporant implicitement certaines règles de droit législatives. Certes, cette affaire provenait de l'Ontario et les lois appliquées ne sont pas les mêmes que celles qu'examine le présent pourvoi. Le cadre législatif propre à celui-ci ne nous empêche cependant pas de faire d'importantes analogies avec la situation examinée dans *Parry Sound* et les principes posés dans cet arrêt.

143 Dans *Parry Sound*, une salariée à l'essai avait été congédiée à son retour d'un congé de maternité. Alléguant avoir été victime de discrimination

against in violation of the collective agreement, she filed a grievance against her employer. Before the arbitrator, the employer argued that the grievance was not arbitrable because the collective agreement gave the employer a management right that allowed it to discharge a probationary employee for any reason satisfactory to it. Also, the agreement expressly provided that the discharge of a probationary employee was not subject to the grievance procedure. The issue in the appeal was therefore "whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into a collective agreement" (para. 14).

144 Relying on *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, Iacobucci J., writing for the majority, found that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction:

> Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes. [para. 23]

145 In *McLeod*, an employee had filed a grievance after his employer disciplined him for refusing to work in excess of 48 hours in a week. The collective agreement did not expressly limit the employer's management right and therefore did not prevent the employer from requiring an employee to work more than 48 hours per week. Unlike the arbitrator, who had dismissed the grievance, this Court held that the employer's management rights were limited not only by the collective agreement but also by mandatory legislative provisions.

146 In *Parry Sound*, Iacobucci J. also recognized that the collective agreement may give the employer a broad right to manage the operations of the business. However, that power is limited by the employees' statutory rights even where the collective agreement is silent on the subject.

en violation de la convention collective, elle déposa un grief contre l'employeur. Devant l'arbitre, l'employeur prétendit que le grief n'était pas arbitrable puisque la convention collective lui reconnaissait un droit de gestion lui permettant de congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il jugeait acceptable. De surcroît, la convention prévoyait expressément que le congédiement d'un employé à l'essai ne pouvait faire l'objet d'un grief. Le pourvoi soulevait donc la question de savoir « si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans une convention collective » (par. 14).

S'appuyant sur l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, conclut que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence :

> En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi. [par. 23]

Dans l'arrêt *McLeod*, un salarié contestait la mesure disciplinaire que lui avait imposée l'employeur pour avoir refusé de travailler plus de 48 heures dans une même semaine. La convention collective ne limitait pas expressément le droit de gestion de l'employeur et ne l'empêchait donc pas d'exiger qu'un employé travaille plus de 48 heures par semaine. Contrairement à l'arbitre qui avait rejeté le grief, notre Cour jugea que les restrictions imposées aux droits de gestion de l'employeur n'étaient pas uniquement celles contenues dans la convention collective, mais découlaient également des dispositions législatives impératives.

Le juge Iacobucci, dans *Parry Sound*, reconnaît aussi que la convention collective peut conférer un vaste droit de gestion des opérations de l'entreprise à l'employeur. Cependant, ce pouvoir est limité par les droits dont bénéficient les employés, en vertu de la législation, en dépit du silence de la convention collective sur le sujet.

As a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. A collective agreement might extend to an employer a broad right to manage the enterprise as it sees fit, but this right is circumscribed by the employee's statutory rights. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract.

As a result, the substantive rights and obligations of the parties to a collective agreement cannot be determined solely by reference to the mutual intentions of the contracting parties as expressed in that agreement. Under *McLeod*, there are certain terms and conditions that are implicit in the agreement, irrespective of the mutual intentions of the contracting parties. More specifically, a collective agreement cannot be used to reserve the right of an employer to manage operations and direct the work force otherwise than in accordance with its employees' statutory rights, either expressly or by failing to stipulate constraints on what some arbitrators regard as management's inherent right to manage the enterprise as it sees fit. The statutory rights of employees constitute a bundle of rights to which the parties can add but from which they cannot derogate. [paras. 28-29]

Iacobucci J. therefore refused to give effect to clause 8.06(a) of the collective agreement, which provided that the discharge of a probationary employee was not subject to the grievance procedure. In his opinion, the incorporation of s. 5(1) of the *Human Rights Code* into the collective agreement implicitly gave this class of employees the right to equal treatment without discrimination. The discriminatory discharge of a probationary employee therefore violated the collective agreement. Since the Ontario legislation required that every collective agreement contain a binding arbitration clause for all differences arising under the agreement, clause 8.06(a) was void as contrary to the legislation (para. 35).

In the opinion of Iacobucci J., the power of an arbitrator to interpret and apply human rights legislation and other employment-related statutes

En pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise comme il le juge indiqué, mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat.

Par conséquent, on ne peut pas déterminer les droits et obligations substantiels des parties à une convention collective en se reportant uniquement aux intentions réciproques qu'ont exprimées les parties contractantes dans la convention. En vertu de l'arrêt *McLeod*, certaines dispositions sont implicites dans la convention, quelles que soient les intentions réciproques des parties contractantes. Plus précisément, il est interdit qu'une convention collective réserve le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel autrement que conformément aux droits garantis par la loi aux employés, que ce soit expressément ou par omission de préciser les limites à ce que certains arbitres considèrent comme le droit inhérent de la direction de gérer l'entreprise comme elle le juge indiqué. Les droits reconnus aux employés par la loi constituent un ensemble de droits que les parties peuvent élargir mais auquel elles ne peuvent rien enlever. [par. 28-29]

147 Le juge Iacobucci refuse alors de donner effet à la clause 8.06a) de la convention collective, qui prévoyait que le congédiement d'un employé à l'essai ne pouvait faire l'objet d'un grief. À son avis, l'incorporation du par. 5(1) du *Code des droits de la personne* à la convention collective accordait implicitement le droit à un traitement égal et sans discrimination à cette catégorie d'employés. Le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai violait donc la convention collective. Puisque la législation ontarienne exigeait que chaque convention collective contienne une clause d'arbitrage obligatoire pour tout différend résultant de cette entente, la clause 8.06a) était donc nulle car contraire à la loi (par. 35).

148 Pour le juge Iacobucci, le pouvoir de l'arbitre d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi

confirmed their incorporation into the collective agreement (s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, to the same effect as s. 100.12(*a*) *L.C.*). Although the grievance must be arbitrable for an arbitrator to have this power, it is sufficient if the dispute inferentially arises out of the collective agreement:

> But even if it is true that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply the *Human Rights Code*, it does not thereby follow that an alleged contravention of an *express* provision of a collective agreement is a condition precedent of an arbitrator's authority to enforce the substantive rights and obligations of employment-related statutes. [Emphasis in original; para. 48.]

149 However, *Parry Sound* did not incorporate all the substantive rights and obligations set out in all employment-related statutes into all collective agreements. What it included in them was legislation that was, in light of Iacobucci J.'s comments, of public order.

150 *Parry Sound* thus took a broad approach to defining a grievance and, as a result, a broad view of the scope of an arbitrator's exclusive jurisdiction. From then on, [TRANSLATION] "the right to arbitral review would arise whenever a violation of provisions of public order was validly raised in relation to all employees governed by a collective agreement" (F. Morin, "Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound*", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2004), 29, at p. 34).

151 As *Parry Sound* illustrates, fundamental rights and freedoms figure prominently in the public order provisions of employment-related statutes that are incorporated into the collective labour law scheme. In Quebec, the rights and values guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, are therefore necessarily part of the implicit obligational content of collective agreements. Since this case does not deal with the applicability of such rights, I will limit my analysis to the other sources that, because they are of public order, are imposed on the parties to collective agreements in Quebec

confirmait leur incorporation à la convention collective (al. 48(12)j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, au même effet que l'al. 100.12*a*) *C.t.*). Bien que le grief doive être arbitrable pour que l'arbitre détienne ce pouvoir, il suffit que le litige découle implicitement de la convention collective :

> Mais même s'il est vrai que le grief doit être arbitrable avant que l'arbitre ait le pouvoir d'interpréter et d'appliquer le *Code des droits de la personne*, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'une violation alléguée d'une disposition *expresse* d'une convention collective soit une condition préalable à son pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi. [Souligné dans l'original; par. 48.]

L'arrêt *Parry Sound* n'a toutefois pas incorporé à toutes les conventions collectives les droits et obligations substantiels prévus à l'ensemble des lois en matière d'emploi. Il y a inséré des lois qui, à la lumière des propos du juge Iacobucci, avaient un caractère d'ordre public.

L'arrêt *Parry Sound* a ainsi adopté une vision large de la définition de grief et, par le fait même, de l'étendue de la compétence exclusive de l'arbitre. Dorénavant, « le droit à un contrôle arbitral existerait dès qu'une violation aux dispositions d'ordre public serait valablement soulevée à l'égard de tous les salariés assujettis à une convention collective » (F. Morin, « Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound* », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2004), 29, p. 34).

Comme l'illustre l'arrêt *Parry Sound*, les droits et libertés fondamentaux occupent une place importante dans les dispositions d'ordre public des lois reliées au domaine de l'emploi qui s'incorporent au régime collectif de droit du travail. Au Québec, les droits ou les valeurs garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, s'imposent donc au contenu obligationnel implicite des conventions collectives. Puisque le présent litige ne porte pas sur l'applicabilité de tels droits, je limiterai mon analyse aux autres sources qui, en raison de leur caractère d'ordre public, s'imposent aux

and become part of the implicit obligational content of those agreements.

2. Obligational Content of Collective Agreements in Quebec

a. *Public Order*

In Quebec, the parties' freedom to negotiate the conditions of employment included in a collective agreement is limited, first of all, by statutory provisions of public order, as set out in s. 62 *L.C.*:

62. The collective agreement may contain any provision respecting conditions of employment which is not contrary to public order or prohibited by law.

Thus, as the Quebec Court of Appeal pointed out in the judgment under consideration here, the principle of incorporation of rules of public order recognized in *Parry Sound* is already found in the Quebec legislation:

[TRANSLATION] In Quebec labour law, the implicit incorporation of rules of public order is expressly provided for in s. 62 of the *Labour Code*. [para. 43]

Where a clause in a collective agreement is inconsistent with a provision of public order, the clause will be null, although the collective agreement will not be invalidated (s. 64 *L.C.*). In actual fact, s. 62 *L.C.* restates a rule that applies to the entire Quebec legal system and is found in the *Interpretation Act* (ss. 41.3 and 41.4). In Quebec labour law, the rules set out in provisions of public order are either minimum standards to which the parties can add by agreement or standards that are deemed to be incorporated as is into every collective agreement and that cannot be derogated from. However, Quebec civil law does recognize more than one kind of public order. The first distinction is between political and moral public order and social and economic public order.

The first category contains the rules made in the interest of society. Generally speaking, an individual cannot waive the application of these rules,

parties aux conventions collectives au Québec et deviennent des éléments du contenu obligationnel implicite de ces dernières.

2. Le contenu obligationnel de la convention collective au Québec

a. *L'ordre public*

Au Québec, la liberté des parties de négocier les conditions de travail incluses dans la convention collective est d'abord limitée par les dispositions législatives d'ordre public, ainsi que le prévoit l'art. 62 *C.t.* : 152

62. La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi.

Ainsi, comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec dans le jugement que nous examinons, la législation québécoise prévoit déjà le principe d'incorporation des règles d'ordre public que reconnaît l'arrêt *Parry Sound* :

En droit du travail québécois, l'incorporation implicite des règles d'ordre public est expressément prévue à l'article 62 du *Code du travail*. [par. 43]

L'incompatibilité d'une clause de la convention avec une disposition d'ordre public entraîne la nullité de cette clause, sans pour autant invalider la convention collective (art. 64 *C.t.*). En réalité, l'art. 62 *C.t.* reprend alors une règle applicable à l'ensemble du système juridique québécois, qu'on retrouve dans la *Loi d'interprétation* (art. 41.3 et 41.4). En droit du travail québécois, les règles contenues dans les dispositions d'ordre public constituent soit des normes minimales auxquelles les parties peuvent ajouter conventionnellement, soit des normes réputées incorporées telles quelles à toute convention collective, sans qu'il soit possible d'y déroger. Le droit civil québécois connaît toutefois plusieurs niveaux d'ordre public. On distingue tout d'abord l'ordre public politique et moral de l'ordre public social et économique.

La première catégorie comprend les règles adoptées dans l'intérêt de la société. De façon générale, un particulier ne peut renoncer à l'application de 153

since they were not made in favour of the individual only (see *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499). For example, rules of political and moral public order defend the state and individuals against certain individual actions (see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), at para. 144). Thus, the *C.C.Q.* prohibits certain contracts relating to the human body, which are sanctioned by absolute nullity (arts. 11 *et seq.* *C.C.Q.*; art. 1417 *C.C.Q.*).

154 Social and economic public order is generally characterized by state legislative intervention relating to the production, distribution or consumption of goods and services in order to prevent or mitigate the effects of social or economic imbalances in certain types of contractual activity (Baudouin and Jobin, at para. 145). A distinction is usually made between rules of directive social and economic public order, which cannot be waived and whose violation is sanctioned by absolute nullity, and rules of protective social and economic public order, which are subject to relative nullity because the beneficiary of such a provision can waive its benefits.

155 Labour law is a field in which the legislature has established a considerable number of rules of social and economic public order. As is probably the case in other provinces, the Quebec legislature has established a complex legal framework designed to remedy what is seen as an unequal balance of power between the employer and the employee. Statutes have therefore been passed setting out minimum labour standards and thus limiting the parties' freedom of contract (see L. Otis, "L'ordre public dans les relations de travail" (1999), 40 *C. de D.* 381, at p. 384). We have already explained that the *A.L.S.* (ss. 93 and 94) and ss. 100 to 102 *L.C.* relating to grievance arbitration (s. 100, para. 3) are of public order. The *L.C.* and several specific statutes contain many other provisions of public order that apply in the collective labour relations context, including: ss. 47, 47.2 and 63 *L.C.*; ss. 41 to 50 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11; s. 4 of the *Act respecting industrial*

ces règles puisqu'elles n'ont pas été édictées seulement en sa faveur (voir *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499). Par exemple, des règles d'ordre public politique et moral défendent l'État et l'être humain contre certaines initiatives individuelles (voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6e éd. 2005), par. 144). C'est ainsi que le *C.c.Q.* interdit certains contrats touchant le corps humain dont l'existence est sanctionnée par la nullité absolue (art. 11 et suiv. *C.c.Q.*; art. 1417 *C.c.Q.*).

L'ordre public social et économique se caractérise généralement par une intervention législative de l'État en matière de production, distribution ou consommation de biens et de services dans le but d'éviter ou d'atténuer les effets de déséquilibres sociaux ou économiques dans certaines formes d'activité contractuelle (Baudouin et Jobin, par. 145). On distingue généralement les règles d'ordre public social et économique de direction, auxquelles il ne peut être renoncé et dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue, de celles intéressant l'ordre public social et économique de protection, qui sont sujettes à une nullité relative, puisque le bénéficiaire de la disposition peut renoncer à ses avantages.

Le droit du travail représente un domaine où le législateur a mis en place un nombre considérable de règles d'ordre public social et économique. Comme ce fut probablement le cas dans d'autres provinces, le législateur québécois a établi un encadrement juridique complexe destiné à corriger un rapport de force jugé inégal entre l'employeur et le salarié. Des lois énonçant les normes minimales de travail, atténuant ainsi la liberté contractuelle existant entre les parties furent donc adoptées (voir L. Otis, « L'ordre public dans les relations de travail » (1999), 40 *C. de D.* 381, p. 384). Nous avons déjà exposé le caractère d'ordre public de la *L.n.t.* (art. 93 et 94) et des art. 100 à 102 *C.t.* portant sur l'arbitrage de griefs (art. 100, al. 3). Le *C.t.* et plusieurs lois particulières comportent de nombreuses autres dispositions d'ordre public applicables dans le contexte des rapports collectifs de travail, notamment : art. 47, 47.2 et 63 *C.t.*; art. 41 à 50 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11;

accidents and occupational diseases; s. 11 of the *Act respecting collective agreement decrees*; ss. 4 and 227 of the *Act respecting occupational health and safety.*

art. 4 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*; art. 11 de la *Loi sur les décrets de convention collective*; art. 4 et 227 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail.*

The distinction between protective and directive economic public order is sometimes a fine one. The first of these categories is generally considered to include statutes whose essential role is to protect individuals. Statutes that set out rules to protect individuals but whose primary objective relates to the interests of society as a whole would fall into the second category. However, as Baudouin and Jobin state in *Les obligations*:

156 La distinction entre l'ordre public économique de protection et l'ordre public économique de direction est parfois ténue. On classe généralement dans la première catégorie les lois qui ont comme mission primordiale la protection des individus. Les lois qui énoncent des règles protégeant l'individu, mais qui ont comme objectif premier l'intérêt de la société tout entière appartiendraient à la deuxième catégorie. Mais comme le précisent Baudouin et Jobin dans leur traité sur *Les obligations* :

[TRANSLATION] . . . these ideas of directive public order and protective public order are sometimes difficult to clearly distinguish, since the statute may sometimes, in protecting individuals, seek also to regulate a set of social or economic relationships. [para. 147]

. . . ces notions d'ordre public de direction et d'ordre public de protection sont parfois difficiles à séparer clairement l'une de l'autre, puisqu'à travers la protection de l'individu, la loi peut vouloir aussi, parfois, régir un ensemble de rapports sociaux ou économiques. [par. 147]

Since employees generally cannot renounce the protection conferred on them, and since the purpose of legislative intervention is usually to give labour law an economic direction that will benefit society as a whole, such statutes are, in general, more likely to fall into the category of directive social and economic public order.

Comme le salarié ne peut généralement renoncer aux protections qui lui sont accordées et que l'intervention du législateur vise la plupart du temps à donner au droit du travail une direction économique qui profitera à l'ensemble de la société, ces lois, en général, relèvent probablement davantage de l'ordre public social et économique de direction.

Generally speaking, for a statute or one of its provisions to be of public order, it must say so expressly. The *C.C.Q.* does not take this approach, however, since it simply provides that civil rights must be exercised in accordance with the rules of the Code that are of public order, without specifically identifying the rules in question (art. 9 *C.C.Q.*). How a provision is characterized will therefore depend on how the language of the provision is interpreted and what role is assigned to it in the structure of legal institutions.

157 Généralement, pour qu'une loi ou l'une de ses dispositions soit d'ordre public, elle doit contenir une mention expresse à cet effet. Telle n'est cependant pas la technique retenue par le *C.c.Q.* Celle-ci prévoit simplement que l'exercice des droits civils doit respecter les règles contenues au code qui intéressent l'ordre public, sans préciser les règles visées (art. 9 *C.c.Q.*). La qualification de la disposition dépendra alors de l'interprétation du libellé de la disposition et du rôle donné à celle-ci dans l'aménagement des institutions juridiques.

b. *General Law (Jus Commune)*

b. *Le droit commun*

i. Applicability of the *C.C.Q.*

i. Applicabilité du *C.c.Q.*

158 As stated in its preliminary provision, the *C.C.Q.* recognizes the fundamental nature of the civil law

Comme l'énonce sa disposition préliminaire, le *C.c.Q.* reconnaît le caractère fondamental du droit

as the *jus commune* of Quebec and of the *C.C.Q.* as the foundation of many specific laws:

> The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property.
>
> The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *jus commune*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

159 In *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, Gonthier J. referred to the fundamental nature of the *C.C.Q.* as the *jus commune* of Quebec in commenting on the preliminary provision of the *C.C.Q.*:

> This provision explicitly states that the *Civil Code* is the *jus commune* of Quebec. Thus, unlike statute law in the common law, the *Civil Code* is not a law of exception, and this must be taken into account in interpreting it. It must be interpreted broadly so as to favour its spirit over its letter and enable the purpose of its provisions to be achieved. [para. 15]

160 In an article entitled "Effets combinatoires de deux codes: *Code du travail* et *Code civil du Québec*" (1994), 49 *Relat. ind.* 227, Professor F. Morin also analyses the first paragraph of this provision. His view is that the specificity of collective labour relations law does not require that this field of law be removed from the general body of Quebec private law. Indeed, it deals with the same kinds of legal relations involving persons, property and contracts:

> It should be remembered that labour law, just like its component related to collective labour relations, is concerned with persons (employee and employer), relations between these same persons and the properties to which these relations are directed or which result from these relations. [p. 234; English translation taken from an English summary of the article, entitled "The Combined Effects of the New Québec Civil Code and the Québec Labour Code", at p. 249 of the same volume.]

161 With regard to the second paragraph of the preliminary provision, the relevant question is whether

civil comme droit commun québécois et celui du *C.c.Q.* comme fondement des nombreuses lois particulières :

> Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
>
> Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

Le juge Gonthier rappelait ce caractère fondamental du *C.c.Q.* comme droit commun du Québec dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, en commentant la disposition préliminaire du *C.c.Q.* :

> Cette disposition édicte en termes explicites que le *Code civil* constitue le droit commun du Québec. Ainsi, contrairement au droit d'origine législative des ressorts de common law, le *Code civil* n'est pas un droit d'exception et son interprétation doit refléter cette réalité. Il doit recevoir une interprétation large qui favorise l'esprit sur la lettre et qui permette aux dispositions d'atteindre leur objet. [par. 15]

Dans un article intitulé « Effets combinatoires de deux codes : *Code du travail* et *Code civil du Québec* » (1994), 49 *Relat. ind.* 227, le professeur F. Morin analyse aussi le premier alinéa de cette disposition. Il estime que la spécificité du droit des rapports collectifs du travail n'exige pas son détachement du tronc commun du droit privé québécois. Ce domaine de droit porte d'ailleurs sur les mêmes types de rapports juridiques relatifs aux personnes, aux biens et aux contrats :

> N'oublions pas que le droit du travail tout comme sa partie relative aux rapports collectifs du travail portent sur les personnes (salarié et employeur), sur les rapports entre ces mêmes personnes et sur les biens visés à l'occasion de ces rapports ou qui en résultent. [p. 234]

Quant au deuxième alinéa de la disposition préliminaire, la question pertinente est de savoir si le

the *L.C.* and the collective scheme in labour law are matters within the letter, spirit or object of the provisions of the *C.C.Q.* The commentaries of the Minister of Justice on the *C.C.Q.* include remarks that are relevant to this point:

[TRANSLATION] One of the objectives of this paragraph is to promote a dynamic interpretation of the Civil Code and encourage the use of its provisions to interpret and apply other legislation and fill any gaps in that legislation, where it relates to matters or makes use of concepts or institutions that come under the Civil Code. [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société* (1993), vol. I, at p. 1)

The principle stated here by the preliminary provision can easily and legitimately be applied to Quebec's collective labour law scheme. Even when interpreted and applied as a whole, the collective agreement and the *L.C.* are not sufficient to create a complete, coherent legal framework. As a result, the rules and principles stated in the *C.C.Q.* must often be used to interpret and implement Quebec's labour law scheme, even in its collective aspects.

ii. Need to Apply the *C.C.Q.*

Some provisions of the *C.C.Q.* are not merely useful but essential in defining the content of collective labour relations. Rights and obligations inherent in all employment relationships, and even in collective relations, are thus made explicit by the *C.C.Q.* Despite the significant role it plays, the *L.C.* does not set out all the rules that govern collective labour relations in Quebec. Nor is it a completely autonomous legal scheme. The collective agreement between the parties establishes a set of contractual standards within the enterprise, but it too does not cover all aspects of an employment relationship. Some aspects, such as the employer's power of direction and control, and personnel management, usually remain the prerogative of the employer, whether or not the collective agreement so provides. Even more fundamentally, the creation of the employment relationship between an employee and an employer is not provided for

C.t. et le régime collectif en droit du travail constituent une matière se rapportant à la lettre, l'esprit ou l'objet des dispositions du *C.c.Q.* Les commentaires du ministre de la Justice sur le *C.c.Q.* comportent des remarques pertinentes à ce sujet :

L'un des objectifs de cet alinéa est de favoriser une interprétation dynamique du Code civil, ainsi que le recours à ses dispositions pour interpréter et appliquer les autres lois et en combler les lacunes, lorsque ces lois portent sur des matières ou font appel à des notions ou institutions qui ressortissent au Code civil. [Je souligne.]

(*Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société* (1993), t. I, p. 1)

162 Le principe énoncé ici par la disposition préliminaire trouve aisément et légitimement application dans le régime collectif de droit du travail québécois. Même interprétés et appliqués dans leur ensemble, la convention collective et le *C.t.* ne suffisent pas à créer un cadre juridique complet et cohérent. Il faut alors souvent faire appel aux règles et principes du *C.c.Q.* pour l'interprétation et la mise en œuvre du régime de droit du travail du Québec, même dans ses aspects collectifs.

ii. Nécessité de l'application du *C.c.Q.*

163 Certaines des dispositions du *C.c.Q.* s'avèrent non seulement utiles mais indispensables pour définir le contenu des relations collectives de travail. Des droits et des obligations inhérents à toute relation de travail, même à des rapports collectifs, se trouvent ainsi explicités au *C.c.Q.* Malgré son rôle considérable, le *C.t.* n'énonce pas l'ensemble des règles qui régissent les rapports collectifs de travail au Québec. Il ne constitue pas non plus un régime juridique totalement autonome. La convention collective liant les parties établit un ensemble de normes contractuelles dans l'entreprise, mais elle ne couvre pas non plus toutes les sphères d'une relation de travail. Certains aspects de celle-ci, tels le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur et la gestion du personnel, demeurent le plus souvent la prérogative de l'employeur et ce, que la convention collective le prévoie ou non. Encore plus fondamentale, la création du lien d'embauche entre un

in the *L.C.* or, frequently, in the collective agreement. For the employer-employee relationship to be recognized, it must materialize through a juridical act that retains its individual nature, subject to the collective agreement provisions that sometimes govern it. The relationship between the employer and the employee is therefore necessarily created by an individual act.

164 What is included in a collective agreement is the result of the collective bargaining process, but the agreement does not necessarily provide for everything. Since collective agreements are dependent on a process in which the parties may fail to address some aspects of their relationship, some omissions are inevitably found in them. As F. Morin and J.-Y. Brière write in *Le droit de l'emploi au Québec* (2nd ed. 2003):

> [TRANSLATION] . . . employment law must be able to draw on a general and generous source that can serve as a basis for remedying its inevitable interstices, omissions and silences. [p. 268]

165 The provisions of the *C.C.Q.* relating to contracts of employment (arts. 2085 to 2097) illustrate this need. Although some collective agreements reproduce the basic obligations set out in those articles, others do not. If those provisions were inapplicable, the effects would be incongruous. There would then be no basis for the employer's power of control over the employee (art. 2085 *C.C.Q.*) or the employer's obligation to pay the remuneration fixed and take all appropriate measures to prevent the risk of harm (art. 2087 *C.C.Q.*). The employee's obligation to act faithfully and honestly and to show discretion (art. 2088 *C.C.Q.*) provides another example: employers would be surprised and concerned if it was not an implicit part of their employees' obligations.

166 Other provisions of the *C.C.Q.* may also prove essential to the proper conduct of collective labour relations. For example, the principles of the general theory of obligations and the common rules of contract interpretation may apply to collective agreements.

167 In this context, pursuant to art. 1434 *C.C.Q.*, the agreement binds the parties "not only as to what

salarié et son employeur n'est pas prévue au *C.t.* ni, souvent, dans la convention collective. Pour que la relation employeur-employé soit reconnue, elle doit se matérialiser dans un acte juridique qui conserve un caractère individuel, sous réserve des dispositions qui l'encadrent à l'occasion dans les conventions. Le lien entre l'employeur et le salarié se crée alors nécessairement par un acte individuel.

En fait, c'est le résultat de la négociation collective qui est inclus dans la convention collective, sans que tout soit nécessairement prévu. Tributaires d'un processus par lequel les parties sont susceptibles de négliger un aspect ou un autre de leurs relations, les conventions collectives contiennent inévitablement certaines lacunes. Comme l'écrivent F. Morin et J.-Y. Brière dans leur ouvrage *Le droit de l'emploi au Québec* (2e éd. 2003) :

> . . . le droit de l'emploi doit pouvoir puiser à une source générale et généreuse qui peut lui servir d'assiette pour combler ses inévitables interstices, lacunes et silences. [p. 268]

Les dispositions relatives au contrat de travail contenues au *C.c.Q.* (art. 2085 à 2097) illustrent cette nécessité. Bien que certaines conventions collectives reprennent les obligations de base prévues à ces articles, d'autres ne le font pas. Or, l'inapplicabilité de ces dispositions provoquerait des effets incongrus. On ne saurait alors justifier le pouvoir de contrôle de l'employeur sur l'employé (art. 2085 *C.c.Q.*) ou son obligation de verser le salaire fixé et de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les risques de préjudice (art. 2087 *C.c.Q.*). On pense également aux obligations de loyauté et de discrétion du salarié (art. 2088 *C.c.Q.*), dont l'absence du contenu implicite des obligations des salariés étonnerait et inquiéterait les employeurs.

D'autres dispositions du *C.c.Q.* peuvent également s'avérer essentielles au bon fonctionnement des relations collectives de travail. Par exemple, les principes de la théorie générale des obligations et les règles communes à l'interprétation des contrats peuvent s'appliquer à la convention collective.

Dans ce contexte, en vertu de l'art. 1434 *C.c.Q.*, la convention oblige les parties « non seulement

they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law". The interpretation of the agreement must also take into account "the nature of the contract, the circumstances in which it was formed, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage" (art. 1426 *C.C.Q.*). In short, the general law makes certain legal rules that are necessary for implementing the collective agreement part of the implicit content of the agreement, notwithstanding its silence.

pour ce qu'[elles] y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ». Son interprétation doit également tenir compte « de sa nature, des circonstances dans lesquelles [elle] a été conclu[e], de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'[elle] peut avoir reçue, ainsi que des usages » (art. 1426 *C.c.Q.*). Bref, le droit commun intègre dans le contenu implicite de la convention collective certaines règles de droit nécessaires à sa mise en œuvre, malgré le silence de cette entente.

c. *Harmonizing the Legal Sources of the Collective Bargaining Scheme*

c. *Harmonisation des sources de droit du régime de négociation collective*

Parry Sound demonstrated the need for provisions of public order that protect employees, in that case fundamental rights and freedoms, to be "incorporated" into collective agreements. In the context of the *C.C.Q.*, the use of the term "incorporate", while helpful in conceptualizing the way the various sources are integrated, is not entirely accurate. It is more appropriate to say that the various sources of labour law are harmonized to form a complete legal framework:

L'arrêt *Parry Sound* a démontré la nécessaire « incorporation » aux conventions collectives des dispositions d'ordre public qui protègent les salariés, en l'occurrence les droits et libertés fondamentaux. Dans le contexte du *C.c.Q.*, l'utilisation du terme « incorporation », bien que celui-ci soit utile pour la conceptualisation de l'intégration des sources diverses, n'est pas tout à fait exacte. Il est plus approprié d'énoncer que les différentes sources en droit du travail s'harmonisent pour constituer un cadre juridique complet : 168

[TRANSLATION] The parties negotiate the specific terms and conditions of their employment scheme, which is superimposed on, supplements or extends the conditions of employment initially guaranteed to everyone by the charters and employment-related statutes. As a result of this harmonization of the legal rules from two different sources, it becomes possible to achieve the aims of the law: order, stability, consistency and fairness for both parties and for the employees concerned.

(Morin, "Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound*", at p. 39)

Les parties négocient les modalités particulières à leur régime de travail, lequel se superpose, complète ou prolonge les conditions de travail d'abord garanties à tous par les chartes et les lois de l'emploi. Par cette harmonisation des règles de droit provenant de deux sources différentes, il devient possible de respecter la finalité du droit : ordre, stabilité, cohérence et justice pour les deux parties à la fois et les salariés visés.

(Morin, « Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound* », p. 39)

Harmonizing the various sources that make up Quebec labour law inevitably involves establishing a hierarchy. It must be determined when the rules established by a collective agreement or the rules set out in legislation will take precedence. 169

L'harmonisation des différentes sources qui constituent le droit du travail québécois implique inévitablement l'établissement d'une hiérarchie. Il faudra évaluer dans quels cas les règles établies par une convention collective et celles qu'édicte la loi auront préséance.

In the context of the *C.C.Q.*, art. 9, which draws a distinction between provisions of public order and 170

Dans le contexte du *C.c.Q.*, l'art. 9, qui établit une distinction entre les dispositions qui

provisions that supplement intention, is at the basis of this hierarchy. Thus, a juridical act, such as a collective agreement, cannot derogate from the rules of the *C.C.Q.* that are of public order. There is also a similar provision among the general provisions on obligations (art. 1373 *C.C.Q.*). For the purposes of the *C.C.Q.*, therefore, this rule is the corollary of s. 62 *L.C.*, which specifically states that the provisions of a collective agreement may not be contrary to public order. In accordance with the principle of freedom of contract on which the Quebec law of obligations is based, the parties are free to derogate from rules that are not of public order. Since there is no general rule for determining which articles of the *C.C.Q.* are of public order, each provision will have to be considered individually, when it must be applied, to establish its nature.

d. *Notice of Termination of a Contract of Employment: A Matter of Public Order*

171 As we have seen, arts. 2085 to 2097 *C.C.Q.* govern contracts of employment. Such contracts may be for a fixed term or an indeterminate term (art. 2086 *C.C.Q.*), but art. 2085 *C.C.Q.* prohibits a contract for life. When a contract is for an indeterminate term, either party may terminate it unilaterally without a serious reason, provided that the other party is given reasonable notice of termination (arts. 2091 and 2094 (*a contrario*) *C.C.Q.*).

172 Compensation will usually, especially when the employer terminates the contract, be paid in lieu of notice of termination of employment. Such compensation will represent the employee's earnings for the length of the notice of termination. To determine the length of the notice period, a court must take account of the circumstances of each case, the character of the employment, the employee's length of service, the employee's age and the availability of similar employment having regard to the employee's experience, training and qualifications (see *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 999; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 48).

intéressent l'ordre public et celles qui sont supplétives de volonté, est à la base de cette hiérarchie. Ainsi, un acte juridique, telle une convention collective, ne pourra déroger aux règles du *C.c.Q.* qui sont d'ordre public. Une disposition semblable est également prévue dans les dispositions générales relatives aux obligations (art. 1373 *C.c.Q.*). Cette règle constitue donc, pour l'application du *C.c.Q.*, le corollaire de l'art. 62 *C.t.*, qui prévoit spécifiquement qu'une disposition d'une convention collective ne peut contrevenir à l'ordre public. Selon le principe de la liberté contractuelle sur lequel repose le droit québécois des obligations, les parties sont libres de déroger aux règles qui ne sont pas d'ordre public. Puisque aucune règle générale ne détermine quels articles du *C.c.Q.* sont d'ordre public, il sera nécessaire d'examiner individuellement chacune des dispositions lorsqu'il faudra l'appliquer pour déterminer sa nature.

d. *Le préavis de résiliation du contrat de travail et son caractère d'ordre public*

On a vu que les art. 2085 à 2097 *C.c.Q.* régissent le contrat de travail. Ce contrat peut être à durée déterminée ou indéterminée (art. 2086 *C.c.Q.*), mais l'art. 2085 *C.c.Q.* interdit qu'il soit conclu pour la vie. Lorsqu'un contrat est à durée indéterminée, les parties peuvent y mettre fin unilatéralement et sans motif sérieux, à condition de donner à l'autre partie un préavis ou délai de congé raisonnable (art. 2091 et 2094 *a contrario* *C.c.Q.*).

Le plus souvent, particulièrement lorsque l'employeur met fin au contrat, une indemnité tiendra lieu de préavis de cessation d'emploi. Cette indemnité représentera la rémunération du salarié pour la durée du délai de congé. Pour déterminer la durée de ce délai, le tribunal doit tenir compte des circonstances de chaque cas, de la nature de l'emploi, de la durée du service du salarié, de son âge, ainsi que de la possibilité d'obtenir un poste analogue compte tenu de son expérience, de sa formation et de ses compétences (voir *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 999; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 48).

Under art. 2092 *C.C.Q.*, employees may not renounce their right to obtain compensation for any injury they suffer where the notice of termination is not reasonable. Since such compensation is vital and is considered an essential element of the contract of employment, the legislature has made it a matter of public order for employees, who are very often in a vulnerable position when they lose their jobs.

Since its wording excludes any possibility of renunciation, art. 2092 *C.C.Q.* must be regarded as a provision of directive social and economic public order. It should be noted that the right to reasonable notice of termination is of public order only for employees. Although the legislature could have provided that neither party could renounce the right and thus confirmed that an employee's departure can also cause injury to an employer, it chose to have this apply only to employees.

G. *Application of the Legal Principles to the Facts at Issue*

The outcome of this case depends on how the various sources of collective labour law in Quebec are harmonized. It is true to say that the certification of a union in a company transforms the dynamics of labour relations. Indeed, the employees lose their freedom of contract. However, this in no way means that the rules of the *C.C.Q.* regarding individual contracts of employment cease to apply and are no longer part of the implicit content of the collective agreement.

1. Jurisdiction of the Arbitrator — Connection Between the Individual Claim and Collective Relations

Under s. 100.12(*a*) *L.C.*, a grievances arbitrator has the power to interpret and apply any statute to the extent necessary to settle a grievance. This Court's decision in *Parry Sound* clearly established that an arbitrator has jurisdiction to interpret the provisions of employment-related statutes that are implicitly included in a collective agreement.

Suivant l'art. 2092 *C.c.Q.*, le salarié ne peut renoncer à son droit d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé n'est pas raisonnable. Parce que cette indemnité est vitale et qu'elle s'envisage comme un élément essentiel au contrat de travail, le législateur lui attribue un caractère d'ordre public pour le salarié, qui se trouve bien souvent dans une position vulnérable lorsqu'il perd son emploi. 173

Puisque son libellé exclut toute possibilité de renonciation, l'art. 2092 *C.c.Q.* doit être considéré comme une disposition intéressant l'ordre public social et économique de direction. Il convient de souligner que le droit à un délai de congé raisonnable n'est d'ordre public que pour le salarié. Le législateur aurait pu prévoir une incapacité de renonciation pour les deux parties et confirmer ainsi que le départ d'un salarié est également susceptible de causer un préjudice à l'employeur, mais il choisit de privilégier le salarié. 174

G. *Application des principes juridiques aux faits en litige*

L'issue du présent litige dépend de l'harmonisation des différentes sources qui forment le droit du travail collectif au Québec. Il est vrai d'affirmer que l'accréditation d'un syndicat dans une entreprise transforme la dynamique des relations de travail. La liberté contractuelle des salariés est en fait écartée. Ce constat ne signifie toutefois aucunement que les règles du *C.c.Q.* sur le contrat individuel de travail cessent de s'appliquer et ne forment plus des parties du contenu implicite de la convention collective. 175

1. La compétence de l'arbitre — articulation de la réclamation individuelle et des rapports collectifs

Suivant l'al. 100.12*a*) *C.t.*, l'arbitre de griefs dispose du pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi dans la mesure nécessaire pour décider d'un grief. L'arrêt rendu par cette Cour dans *Parry Sound* a clairement établi qu'un arbitre avait compétence pour interpréter les dispositions des lois sur l'emploi incluses de façon implicite dans une 176

Obviously, not all the substantive rights set out in labour legislation are implicitly included in collective agreements; only those from which an employer cannot derogate are so included. For example, in *Parry Sound*, the employer could not deprive one of its employees of the protection against discrimination guaranteed in the *Human Rights Code*. This Court wrote:

> The statutory rights of employees constitute a bundle of rights to which the parties can add but from which they cannot derogate. [para. 29]

177 In Quebec, as we have seen, the substance of the principles stated in *Parry Sound* is provided for in legislation: s. 62 *L.C.* renders null any provision of a collective agreement that is contrary to public order. Along with the charters, as I have noted, there are several Quebec statutes containing labour law provisions that are of public order. In particular, the *A.L.S.* sets out minimum standards that all collective agreements must meet. In addition to specific statutes, the *C.C.Q.*, which is the general foundation of all other laws, cannot be disregarded. The *C.C.Q.* contains provisions of public order that apply directly to labour relations. Under arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.*, an employee is entitled to reasonable notice of termination and may not renounce that right. It must therefore be determined whether the right is incompatible with the collective labour relations scheme, in which case the union could not assert the right for the benefit of the employees it represents.

2. Collective Nature of the Dismissal and Individual Assessment of Its Consequences

178 In the appellants' submission, the employee's right under the *C.C.Q.* to notice of termination, which is agreed on individually with each employee, is incompatible with the collective labour relations scheme, which is characterized by collective conditions of employment agreed on in advance by the union and the employer. In advancing this argument, the appellants are mistaken as regards the nature of the collective labour relations

convention collective. Ce ne sont évidemment pas tous les droits substantiels prévus aux lois du travail qui sont implicitement inclus aux conventions collectives, mais bien seulement ceux auxquels l'employeur ne peut déroger. Ainsi, dans *Parry Sound*, l'employeur ne pouvait priver l'une de ses salariées de la protection contre la discrimination qui est garantie au *Code des droits de la personne*. Selon notre Cour :

> Les droits reconnus aux employés par la loi constituent un ensemble de droits que les parties peuvent élargir mais auquel elles ne peuvent rien enlever. [par. 29]

Au Québec, comme nous l'avons vu, la substance des principes de l'arrêt *Parry Sound* est prévue législativement : l'art. 62 *C.t.* rend nulle toute disposition d'une convention collective qui contrevient à l'ordre public. En plus des chartes, comme je l'ai souligné, plusieurs lois québécoises contiennent des dispositions relatives au droit du travail qui sont d'ordre public. Particulièrement, la *L.n.t.* énonce des seuils minimums que toute convention collective doit respecter. Outre les lois particulières, on ne saurait ignorer le *C.c.Q.*, qui constitue le fondement général de toutes les autres lois. Le *C.c.Q.* énonce des dispositions d'ordre public qui visent directement les relations de travail. En vertu des art. 2091 et 2092 *C.c.Q.*, le salarié jouit du droit à un délai de congé raisonnable et il ne peut renoncer à ce droit. Il faut alors examiner s'il est incompatible avec le régime de rapports collectifs du travail, ce qui interdirait au syndicat de l'invoquer au profit des salariés qu'il représente.

2. Le caractère collectif du licenciement et l'évaluation individuelle de ses conséquences

Selon les appelantes, le droit du salarié au délai de congé du *C.c.Q.*, convenu de façon individuelle avec chaque employé, serait incompatible avec le régime collectif de travail, caractérisé par des conditions de travail collectives convenues d'avance entre le syndicat et l'employeur. En s'appuyant sur cet argument, les appelantes se méprennent sur la nature du régime de rapports collectifs de travail et sur celle des règles fort diverses qui

scheme and of the very diverse rules that govern termination of the employment relationship or the right to employment.

The fact that the union bargains on behalf of all employees rather than only one is not the deciding factor in these cases. Bargaining in a unionized workplace is not done solely for the employees as a whole. For example, the collective scheme does not imply that a collective agreement cannot legitimately establish differences among classes of employees based on relevant objective factors such as seniority, training or the nature of their work, subject to the prohibitions against discrimination found in the Quebec *Charter* (see R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5th ed. 2003), at p. 484). As the respondents point out, the collective labour relations scheme was created to equalize the balance of power in negotiating conditions of employment, not to require that those conditions be identical for all employees. In addition, the implementation of a collective agreement often requires both individual action and collective action. Some grievances are individual, while others are collective (see R. Blouin and F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5th ed. 2000), at pp. 169-70).

Moreover, a union often has to negotiate on behalf of an employee on an individual basis, for example in a dismissal case. In fact, unions are sometimes criticized for failing to take account of the specific interests of certain employees and thus neglecting their duty of representation set out in s. 47.2 *L.C.* In *Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court*, [1990] 1 S.C.R. 1330, this Court, *per* L'Heureux-Dubé J., wrote the following:

> . . . even when the union is acting as a defender of an employee's rights (which in its estimation are valid), it must take into account the interests of the bargaining unit as a whole in exercising its discretion whether or not to proceed with a grievance. The union has a discretion to weigh these divergent interests and adopt the solution which it feels is fairest. However, this discretion is not unlimited. Simply saying that the union has the right or power to "sacrifice" any grievance, which

régissent la rupture du lien d'emploi ou le droit à l'emploi.

179 Le fait que le syndicat négocie pour l'ensemble des salariés plutôt que pour un seul n'est pas déterminant pour le sort de ces affaires. La négociation dans un milieu de travail syndiqué n'est pas exclusivement faite pour l'ensemble des salariés. Par exemple, le régime collectif n'implique pas l'illégitimité des conventions collectives qui consacrent des inégalités catégorielles à partir de facteurs objectifs pertinents telles l'ancienneté, la formation des salariés ou la nature du travail des salariés, sous réserve des interdictions de discrimination prévues par la *Charte* québécoise (voir R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5e éd. 2003), p. 484). Comme le précisent les intimés, le régime des rapports collectifs de travail a été mis en place pour équilibrer les forces en présence pour la négociation des conditions de travail et non pour exiger que ces conditions soient identiques pour tous les salariés. De plus, la mise en œuvre des conventions exige souvent des interventions aussi bien individuelles que collectives. Des griefs sont parfois individuels, parfois collectifs (voir R. Blouin et F. Morin, *Droit de l'arbitrage de grief* (5e éd. 2000), p. 169-170).

180 Un syndicat doit aussi fréquemment négocier pour un salarié de façon individuelle, par exemple dans un cas de congédiement. On reproche d'ailleurs parfois aux syndicats de ne pas avoir pris en compte les intérêts spécifiques de certains salariés et d'avoir ainsi failli à leur devoir de représentation prévu à l'art. 47.2 *C.t.* Dans *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, notre Cour, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, écrivait :

> . . . le syndicat doit, lors même qu'il agit à titre de défenseur des droits (bien fondés selon son évaluation) d'un salarié, tenir compte des intérêts de l'ensemble de l'unité d'accréditation dans l'exercice de sa discrétion de poursuivre ou non un grief. Le syndicat jouit d'une discrétion afin de soupeser ces intérêts divergents et apporter la solution qui lui apparaît la plus juste. Cette discrétion n'est cependant pas sans limites. En effet, affirmer sans autres nuances que le syndicat a le droit ou le pouvoir

it feels is valid at that stage, during negotiations with the employer, in order to obtain a concession of better working conditions or other benefits for the bargaining unit as a whole, would be contrary to the union's duty of diligent representation of the employee in question. On the other hand, completely rejecting the possibility that the union and the employer may settle a great many grievances in negotiations for a new collective agreement, or on other occasions, would be to ignore the reality of labour relations. [Emphasis added; p. 1349.]

I relied on L'Heureux-Dubé J.'s comments to state the following in a recent decision of this Court:

. . . when carrying out its duty of representation in collective bargaining, a certified union often has to deal with the consequences of the history and problems of the group it represents. Interests may have been created, legal situations may have crystallized, commitments may have been made. In such a situation, even though the duty of representation is carried out in the present, but from the perspective of the foreseeable future of the agreement to be negotiated, the union will sometimes have to take those interests or rights into account when deciding on the approaches to which the agreement will give form and effect for the future. [Emphasis added.]

(*Tremblay v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 S.C.R. 627, 2002 SCC 44, at para. 21)

181 In the collective labour relations context, therefore, the parties will not inevitably negotiate conditions that apply uniformly to all employees, without regard for individual situations. It is the union's exclusive right to represent the employees that is the crucial element of the collective labour law scheme, not the number of employees on whose behalf the union acts. This Court recognized the importance of the principle that the union has a monopoly on representation in *McGavin Toastmaster*, *Hémond* and *Noël*. The answers to the questions at issue in those cases could have jeopardized the integrity of the principle that the certified association is the employees' sole representative. It is in this sense that a situation involving incompatibility with the collective labour relations scheme would arise. The outcome of this appeal does not call this principle

de « sacrifier » n'importe quel grief, qu'il considère bien fondé à ce stade, au cours de négociations avec l'employeur, afin d'obtenir en concession de meilleures conditions de travail ou autres bénéfices pour l'ensemble de l'unité d'accréditation, semble aller à l'encontre de l'obligation de représentation diligente du syndicat à l'égard du salarié concerné. D'autre part, rejeter complètement la possibilité pour le syndicat et l'employeur de régler un maximum de griefs lors des négociations en vue d'une nouvelle convention collective, ou à d'autres occasions, serait ignorer une réalité courante et nécessaire en matière de relations de travail. [Je souligne; p. 1349.]

M'appuyant sur les propos tenus par la juge L'Heureux-Dubé, je m'exprimais ainsi dans un récent arrêt de notre Cour :

. . . dans le cadre d'une négociation collective, en exécutant son obligation de représentation, le syndicat accrédité fait souvent face aux conséquences de l'histoire et des problèmes vécus par le groupe qu'il représente. Certains intérêts peuvent s'être constitués, des situations juridiques s'être cristallisées, des engagements avoir été pris. Dans ce contexte, bien que l'obligation de représentation s'exécute dans le présent, mais dans la perspective de l'avenir prévisible de l'entente à négocier, il arrivera parfois que le syndicat doive prendre en compte ces intérêts ou ces droits dans la définition des solutions auxquelles la convention donnera forme et effet pour le futur. [Je souligne.]

(*Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 R.C.S. 627, 2002 CSC 44, par. 21)

Le contexte collectif de travail n'entraîne donc pas inévitablement la négociation de conditions s'appliquant uniformément à l'ensemble des salariés, sans considération des situations individuelles. C'est le caractère exclusif du syndicat à titre de représentant des salariés qui constitue l'élément crucial du régime collectif de droit du travail et non la question de savoir pour combien de salariés le syndicat agit. Notre Cour a reconnu l'importance du principe du monopole de représentation du syndicat dans les arrêts *McGavin Toastmaster*, *Hémond* et *Noël*. Les réponses aux questions en litige dans ces arrêts étaient susceptibles de menacer l'intégrité du principe suivant lequel l'association accréditée est la seule représentante des salariés. C'est en ce sens que surviendrait une situation d'incompatibilité avec le régime collectif de

into question: it is the union itself that is claiming the right to reasonable notice of termination on behalf of the employees it represents.

3. Right to Reinstatement and Right to Reasonable Notice of Termination

In the appellants' submission, allowing employees covered by a collective agreement to claim the right to reasonable notice of termination under art. 2091 *C.C.Q.* would not only be incompatible with the collective labour law scheme but would also challenge a historical trade-off between the rules of that scheme and the rules applicable to individual contracts of employment. According to this argument, the employee's right to reasonable notice of termination is the counterpart of the employer's power to terminate the contract without a serious reason. Since an employer under a collective scheme can be required to reinstate an employee (s. 100.12(*f*) *L.C.*) and can no longer terminate the contract unilaterally, the appellants submit that it would be inconsistent to give employees the right to reasonable notice of termination under the *C.C.Q.* Unfortunately, this argument unduly simplifies the nature and effects of the connections between the individual employment relationship and collective labour relations.

The appellants' position presupposes that all employees working in a collective labour relations setting have a right to reinstatement and that the employer's disciplinary power is always subject to the requirement of good and sufficient cause. This is not the case, however. For example, temporary or probationary employees generally do not have the same protection against dismissal without good and sufficient cause. This Court's decision in *Parry Sound* provides a very clear example of a situation in which a unionized employee did not have such protection because of her status as a probationary employee. Does this mean that all such employees can never have the right to reasonable notice of termination, even though the employer cannot be required to reinstate them and the counterpart argument no longer applies?

travail. L'issue du présent pourvoi ne remet pas en cause ce principe : c'est bel et bien le syndicat qui revendique le droit au délai de congé raisonnable pour le compte des salariés qu'il représente.

3. Le droit à la réintégration et le droit au délai de congé raisonnable

182 Selon les appelantes, permettre aux salariés assujettis à une convention collective d'invoquer le droit au délai de congé raisonnable prévu à l'art. 2091 *C.c.Q.* serait non seulement incompatible avec le régime collectif de droit du travail, mais remettrait en cause un compromis historique entre les règles de ce régime et celles du contrat individuel de travail. Selon cette théorie, le droit du salarié au délai de congé raisonnable serait la contrepartie du pouvoir de l'employeur de mettre fin au contrat sans motif sérieux. Puisque, dans un régime collectif, l'employeur peut se faire imposer la réintégration d'un salarié (al. 100.12*f*) *C.t.*) et qu'il ne peut plus unilatéralement mettre fin au contrat, les appelantes prétendent qu'il serait donc inconciliable d'accorder au salarié le droit au délai de congé raisonnable du *C.c.Q.* Malheureusement, cet argument simplifie indûment la nature et les effets de liens entre les relations individuelles d'emploi et les rapports collectifs de travail.

183 La position prise par les appelantes suppose que le droit à la réintégration est acquis pour tous les salariés qui évoluent dans un milieu de relations collectives de travail et que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est constamment assujetti à l'existence d'une cause juste et suffisante. Or, ce n'est pas le cas. Par exemple, les employés temporaires ou à l'essai ne jouissent généralement pas de la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante. L'arrêt rendu par cette Cour dans *Parry Sound* offre un exemple très clair d'une situation où une salariée syndiquée ne bénéficiait pas de cette protection en raison de son statut d'employée à l'essai. Serait-ce dire que l'ensemble de ces salariés ne peuvent jamais bénéficier du droit à un délai de congé raisonnable? À leur égard, l'employeur n'est pourtant pas susceptible de se voir imposer la réintégration et l'argument de la contrepartie ne s'applique plus.

184 Although reinstatement is, as a general rule, the remedy preferred by grievances arbitrators in the case of employees who are protected against dismissal without good and sufficient cause, it will not be imposed automatically. Financial compensation will sometimes be substituted for reinstatement in situations where the employee's return might poison the work environment. This Court confirmed the legitimacy of choosing such a remedy in a recent decision (*Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28).

185 The circumstances of the instant case also illustrate the limitations of the appellants' argument. When a business closes, the question whether employees should be reinstated is no longer relevant. All that remains to be discussed is compensation for termination. The historical trade-off relied on by the appellants, namely that the right to reasonable notice of termination is the necessary counterpart of the power to terminate the contract of employment unilaterally, is therefore no longer at issue.

186 Moreover, the argument that there is incompatibility because of the difference in continuity of employment between the individual and collective schemes presupposes not only that employees who work in a collective setting are certain to be reinstated, which is not the case, but also that the principles of labour law preclude reinstatement outside that setting. This premise is also inaccurate. Under the *A.L.S.*, any employee who is credited with more than two years of service for an employer and is dismissed without good and sufficient cause can challenge his or her dismissal and seek to be reinstated in the company (s. 128, para. 1(1)). In *Le droit de l'emploi au Québec*, Morin and Brière explain the scope of this remedy:

> [TRANSLATION] The objective of this measure is to give employees who are not governed by a collective agreement an effective mechanism to obtain reinstatement. In light of this objective, reinstatement must be the preferred remedy and should readily be granted. . . . To depart from the principle of reinstatement, the Commission must have exceptional circumstances before it. . . . [Citations omitted; p. 1237.]

Bien que la réintégration constitue en règle générale le remède privilégié par les arbitres de griefs dans le cas des salariés bénéficiant de la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante, elle ne sera pas imposée de façon automatique. Une indemnité monétaire lui sera parfois substituée dans des circonstances où le retour du salarié serait susceptible d'empoisonner le climat de travail. Notre Cour a d'ailleurs confirmé la légitimité du choix d'un tel remède dans une décision récente (*Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28).

Les circonstances de l'espèce illustrent également les limites de l'argument des appelantes. Dans le contexte d'une fermeture d'entreprise, la question de la réintégration des salariés n'a plus aucune pertinence. Seule l'indemnisation de la résiliation est en discussion. Le compromis historique ou la nécessaire contrepartie entre le droit au délai de congé raisonnable et la faculté de mettre fin au contrat de travail de façon unilatérale invoqués par les appelantes n'est donc plus en cause.

Par ailleurs, l'argument de l'incompatibilité fondé sur la distinction au niveau de la continuité d'emploi entre les régimes individuel et collectif suppose non seulement que la réintégration est acquise pour les salariés évoluant dans un milieu collectif, ce qui n'est pas le cas, mais présume également que le droit du travail hors de ce contexte exclut la réintégration. Or, cette prémisse s'avère aussi inexacte. En vertu de la *L.n.t.*, tout salarié justifiant plus de deux ans de service pour un employeur peut contester un congédiement sans cause juste et suffisante et demander sa réintégration au sein de l'entreprise (art. 128, al. 1(1)). Dans leur ouvrage *Le droit de l'emploi au Québec*, Morin et Brière précisent la portée de ce recours :

> L'objectif de cette mesure est de permettre au salarié non assujetti à une convention collective de bénéficier d'un mécanisme efficace pour assurer sa réintégration dans son emploi. Compte tenu de cet objectif, la réintégration doit être le remède privilégié qui doit s'imposer d'emblée [. . .] Pour déroger au principe de la réintégration, la Commission doit être placée devant des circonstances exceptionnelles. . . [Références omises; p. 1237.]

For many employees, the incorporation of the principle of reinstatement into the *A.L.S.* has a significant impact. Section 128 *A.L.S.* considerably reduces the discretion that the *C.C.Q.* gives employers to terminate a contract of employment unilaterally by paying compensation equivalent to reasonable notice of termination. This change confirms the intention of the Quebec legislature to extend reinstatement to the realm of individual employment relationships.

There are other Quebec statutes that provide for the reinstatement of employees outside the context of a collective agreement. The *Act respecting industrial accidents and occupational diseases* (ss. 256, 257 and 259) does so in cases where an employer dismisses a worker because he or she has suffered an employment injury or exercised one of the rights provided for in that statute.

Finally, some Quebec authors even argue that the classic civil law view that mandatory performance of a contract of employment is impossible because of the personal nature of the contract, a view supposedly confirmed by this Court in *Dupré Quarries Ltd. v. Dupré*, [1934] S.C.R. 528, is no longer relevant with the advent of large-scale business and the increase in the number of depersonalized jobs in which the worker's identity is of little significance (see M.-F. Bich, "Du contrat individuel de travail en droit québécois: essai en forme de point d'interrogation" (1986), 17 *R.G.D.* 85; R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 139-40 and 164-67; P. Laporte, *La réintégration du salarié: Nouvelles perspectives* (1995)). While it has not adopted this argument, the Quebec Court of Appeal has not been unreceptive to questioning the basis of that decision (see *Rock Forest (Ville) v. Gosselin*, [1991] R.J.Q. 1000, and *Schacter v. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse*, [1997] R.J.Q. 1828).

In short, the incompatibility argument made by the appellants regarding the application of the mechanisms of reinstatement and protection against dismissal without good and sufficient cause does not provide an accurate picture of the parties' situation. The employee's right to reasonable notice

L'instauration du principe de la réintégration dans la *L.n.t.* a un impact considérable pour nombre de salariés. Pour l'employeur, l'art. 128 *L.n.t.* réduit de façon marquée le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît le *C.c.Q.* de mettre fin unilatéralement au contrat de travail en versant une indemnité équivalant à un délai de congé raisonnable. Ce changement confirme la volonté du législateur québécois d'étendre la réintégration des salariés au domaine des relations individuelles de travail.

187 D'autres lois québécoises prévoient la réintégration du salarié hors du contexte d'une convention collective. C'est le cas de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (art. 256, 257 et 259), pour des situations où l'employeur congédie un travailleur parce qu'il a été victime d'une lésion professionnelle ou parce qu'il a exercé l'un des droits prévus à cette loi.

188 Enfin, certains auteurs québécois prétendent même que la conception civiliste classique suivant laquelle l'exécution forcée du contrat de travail est impossible en raison de son caractère personnel, qui aurait été confirmée par cette Cour dans l'arrêt *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] R.C.S. 528, n'a plus sa place depuis l'avènement de la grande entreprise et la multiplication des emplois dépersonnalisés où l'identité du travailleur ne revêt que peu d'importance (voir M.-F. Bich, « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation » (1986), 17 *R.G.D.* 85; R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2e éd. 1991), p. 139-140 et 164-167; P. Laporte, *La réintégration du salarié : Nouvelles perspectives* (1995)). Sans pour autant adopter cette théorie, la Cour d'appel du Québec ne s'est pas montrée fermée à une remise en question du fondement de cet arrêt (voir *Rock Forest (Ville) c. Gosselin*, [1991] R.J.Q. 1000, et *Schacter c. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse*, [1997] R.J.Q. 1828).

189 En somme, la thèse d'incompatibilité proposée par les appelantes au sujet de l'application des mécanismes de réintégration et de protection contre les congédiements sans cause juste et suffisante ne donne pas un portrait exact de la situation des parties. Le droit du salarié à un délai de congé

of termination is not the essential counterpart of the employer's power to terminate the contract of employment unilaterally. There is therefore nothing to prevent employees governed by a collective agreement from being entitled to reasonable notice under the *C.C.Q.* Far from being incompatible with the collective labour law scheme, arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* supplement it and provide a remedy to employees who lose their jobs without being adequately compensated by their employer.

raisonnable n'est pas la contrepartie essentielle de la faculté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail de manière unilatérale. Rien ne s'oppose donc à ce que des salariés assujettis à une convention collective puissent bénéficier du droit au préavis raisonnable prévu au *C.c.Q.* Loin d'être incompatibles avec le régime collectif de droit du travail, les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* le complètent et offrent un recours aux salariés qui perdent leur emploi sans que leur employeur les indemnise adéquatement.

4. Assessment by an Arbitrator of the Effects and Sufficiency of the Collective Measure

4. L'évaluation par l'arbitre des effets et de la suffisance de la mesure collective

190 Since arts. 2091 and 2092 *C.C.Q.* are of directive public order and since the collective agreement cannot contain provisions that are contrary to public order (s. 62 *L.C.*), an arbitrator hearing a grievance on such a matter must assess the sufficiency of the compensation paid in lieu of notice of termination in light of the *C.C.Q.*

Puisque les art. 2091 et 2092 *C.c.Q.* sont d'ordre public de direction et que la convention collective ne peut contenir de dispositions qui contreviennent à l'ordre public (art. 62 *C.t.*), l'arbitre devra, lorsqu'il est saisi d'un grief à cet effet, évaluer la suffisance des indemnités tenant lieu de délai de congé au regard du *C.c.Q.*

191 In *Regina Police Assn.* and in *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13, this Court confirmed that arbitrators have broad jurisdiction over labour disputes. In *Parry Sound*, this Court stated that their jurisdiction extends to assessing the sufficiency and validity of the clauses of the collective agreement in light of the public policy provisions of other employment-related statutes. In Quebec, as we saw above, the legal framework of collective labour relations derives from a variety of sources and frequently makes use of the rules of the civil law proper. It is therefore entirely appropriate and essential that grievances arbitrators be able to take account of the provisions of public order in the *C.C.Q.* that are relevant to the application of collective agreements.

Dans les arrêts *Regina Police Assn.* et *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13, notre Cour a confirmé que les arbitres sont investis d'une vaste compétence relativement aux litiges en droit du travail. Dans l'arrêt *Parry Sound*, cette Cour a précisé que cette compétence s'étendait à l'évaluation de la suffisance et de la validité des clauses de la convention collective au regard des dispositions d'ordre public prévues aux autres lois de l'emploi. Au Québec, comme on l'a vu précédemment, le cadre juridique des relations collectives de travail découle de sources diverses et implique fréquemment un recours aux règles relevant du droit civil proprement dit. Il est donc tout à fait approprié et essentiel que les arbitres de griefs puissent prendre en compte des dispositions d'ordre public prévues au *C.c.Q.* et pertinentes quant à l'application des conventions collectives.

192 As the instant appeals illustrate, two situations can arise before an arbitrator. In the first, the collective agreement contains a provision referring to the notice of termination to which employees will be entitled if the business closes or in some other situation. This is the case of the collective agreement with the appellant Garon. An arbitrator asked to decide a grievance in such circumstances

Comme l'illustrent les pourvois à l'étude, deux situations sont susceptibles de se présenter devant l'arbitre. Dans la première, la convention collective contient une disposition prévoyant le délai de congé auquel les salariés auront droit advenant la fermeture de l'entreprise ou une autre situation donnée. C'est le cas de la convention collective liant l'appelante Garon. L'arbitre appelé à décider d'un grief

will have to determine whether the measure provided for in the agreement (here, the reference to the notice of termination provided for in the *A.L.S.*) complies with art. 2091 *C.C.Q.* If the arbitrator finds that the union's grievance is justified, the arbitrator will then be able to require the notice of termination that he or she considers reasonable.

The collective agreement with the appellant Fillion et Frères is an example of the second situation, in which the agreement is silent about the compensation in lieu of notice of termination to be paid to employees if the business closes. Where there is no provision to this effect, an arbitrator asked to decide a grievance will have to determine whether, having regard to art. 2091 *C.C.Q.*, the minimum notice of termination provided for in s. 82 *A.L.S.* is sufficient or whether the circumstances of the case call for a longer period.

To summarize, in both these cases, the grievances arbitrator will have to determine whether the measures provided for in the collective agreement comply with the provisions of public order set out in other employment-related statutes. The arbitrator will then be acting within his or her exclusive jurisdiction in applying the collective agreement and the implicit content thereof, as the Quebec Court of Appeal recognized.

III. Disposition

For all these reasons, I would dismiss the appeals and affirm the decisions of the Quebec Court of Appeal. Costs should be awarded to the respondents.

APPENDIX

Legislative Provisions and Clauses of the Collective Agreements

A. *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

2091. Either party to a contract with an indeterminate term may terminate it by giving notice of termination to the other party.

The notice of termination shall be given in reasonable time, taking into account, in particular, the nature

dans ces circonstances devra évaluer si la mesure prévue à la convention (ici, le renvoi aux délais de congé de la *L.n.t.*) est conforme à l'art. 2091 *C.c.Q.* S'il conclut au bien-fondé du grief du syndicat, il pourra alors imposer un délai de congé qu'il estime raisonnable.

193 La convention collective qui liait l'appelante Fillion et Frères s'inscrit dans la deuxième situation. Dans ce cas, la convention est muette quant à l'indemnité tenant lieu de délai de congé à verser aux salariés advenant la fermeture de l'entreprise. En l'absence de disposition à cet égard, l'arbitre appelé à décider d'un grief devra alors évaluer si, au regard de l'art. 2091 *C.c.Q.*, le délai de congé minimum prévu à l'art. 82 *L.n.t.* est suffisant ou si les circonstances de l'espèce militent en faveur d'une durée plus longue.

194 En résumé, dans ces deux affaires, l'arbitre de griefs devra évaluer si les mesures prévues par la convention collective respectent les dispositions d'ordre public prévues aux autres lois sur l'emploi. Il agira donc alors, dans le cadre de sa compétence propre, pour l'application de la convention collective et de son contenu implicite, comme l'a reconnu la Cour d'appel du Québec.

III. Dispositif

195 Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer les arrêts de la Cour d'appel du Québec. Les dépens devraient être accordés aux intimés.

ANNEXE

Dispositions législatives et clauses des conventions collectives

A. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des

of the employment, the special circumstances in which it is carried on and the duration of the period of work.

2092. The employee may not renounce his right to obtain compensation for any injury he suffers where insufficient notice of termination is given or where the manner of resiliation is abusive.

B. *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1

82. . . .

This section does not deprive an employee of a right granted to him under another Act.

83. An employer who does not give the notice prescribed by section 82, or who gives insufficient notice, must pay the employee a compensatory indemnity equal to his regular wage excluding overtime for a period equal to the period or remaining period of notice to which he was entitled.

The indemnity must be paid at the time the employment is terminated or at the time the employee is laid off for a period expected to last more than six months, or at the end of a period of six months after a layoff of indeterminate length, or a layoff expected to last less than six months but which exceeds that period.

The indemnity to be paid to an employee remunerated in whole or in part by commission is established from the average of his weekly wage, calculated from the complete periods of pay in the three months preceding the termination of his employment or his layoff.

C. Collective Agreement dated February 29, 1996 between Isidore Garon ltée and the Syndicat du bois ouvré de la région de Québec Inc.

[TRANSLATION]

4.03 **Validity of the Agreement:**

The nullity of any of the provisions of the agreement under any present or future statute shall not affect the validity of the other provisions of the agreement, but such provision or provisions shall be amended to give effect to the said statute.

8.01 **Employees:**

The Employer shall give written notice to any employee who is laid off and shall provide a copy of the said notice to the Union.

circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

2092. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

B. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1

82. . . .

Le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi.

83. L'employeur qui ne donne pas l'avis prévu à l'article 82 ou qui donne un avis d'une durée insuffisante doit verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel, sans tenir compte des heures supplémentaires, pour une période égale à celle de la durée ou de la durée résiduaire de l'avis auquel il avait droit.

Cette indemnité doit être versée au moment de la cessation d'emploi ou de la mise à pied prévue pour plus de six mois ou à l'expiration d'un délai de six mois d'une mise à pied pour une durée indéterminée ou prévue pour une durée inférieure à six mois mais qui excède ce délai.

L'indemnité du salarié en tout ou en partie rémunéré à commission est établie à partir de la moyenne hebdomadaire de son salaire durant les périodes complètes de paie comprises dans les trois mois précédant sa cessation d'emploi ou sa mise à pied.

C. Convention collective de travail intervenue le 29 février 1996 entre Isidore Garon ltée et le Syndicat du bois ouvré de la région de Québec Inc.

4.03 **Validité de la convention :**

La nullité de l'une ou l'autre des dispositions de la convention en regard d'une loi actuelle ou future ne peut affecter la validité des autres dispositions de cette même convention, mais doit être amendée ou doivent être amendées pour donner effet à telle loi.

8.01 **Main-d'œuvre :**

L'Employeur avise, par écrit, tout salarié mis à pied et remet copie de tel avis au Syndicat.

10.01 **Grievance:**

"Grievance" means any disagreement respecting the interpretation or application of the collective agreement.

10.03 The employee shall, alone or accompanied by the employee's shop steward, the business agent or the Union, submit the grievance in writing to the Employer or the Employer's designated representative within ten (10) business days after the circumstances that led to the grievance occurred or became known.

10.08 **Disagreement:**

Any disagreement respecting a condition or conditions of employment for which provision is not made in the agreement may be discussed and settled using the grievance procedure in the agreement.

10.09 **Powers of Arbitrator:**

1.- The arbitrator has the power to confirm a decision of the Employer that is in accordance with the provisions of the agreement or to set aside a decision of the Employer that is not in accordance with the provisions of the agreement.

If the incident that led to the grievance causes the employee to lose or be deprived of rights, wages or financial benefits provided for in the agreement, the arbitrator may order that the employee be reimbursed for such loss or deprivation in whole or in part, with or without interest at the legal rate.

2.- In the case of disciplinary action, the arbitrator has jurisdiction to uphold, set aside or vary the disciplinary action and order that the employee be reinstated, with all rights and privileges, in the job the employee held, with or without full or partial reimbursement for lost wages.

3.- The powers of the arbitrator are limited to settling grievances within the meaning of the agreement. However, the arbitrator has no power to add, remove or amend any provision of this agreement.

4.- The decision of the arbitrator shall be final and binding on the parties. It must be applied within fourteen (14) days unless another time is set by the arbitrator.

10.01 **Grief :**

Par grief, il faut entendre toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective.

10.03 Le salarié, seul ou accompagné de son délégué d'atelier ou de l'agent d'affaires ou le Syndicat, doit soumettre le grief par écrit à l'Employeur ou à son représentant désigné dans les dix (10) jours ouvrables de l'origine du grief ou de sa connaissance.

10.08 **Mésentente :**

Toute mésentente sur un[e] ou des conditions de travail non prévu[e]s à la convention, peut être discutée et réglée selon la procédure de règlement des griefs de la convention.

10.09 **Pouvoirs de l'arbitre :**

1.- L'arbitre a le pouvoir de confirmer la décision de l'Employeur conforme aux dispositions de la convention ou d'annuler la décision de l'Employeur non conforme aux dispositions de la convention.

Si l'incident qui a été la cause du grief entraîne au salarié une perte ou une privation de droits ou de salaire, ou d'avantages pécuniaires prévus à la convention, l'arbitre peut ordonner que telle perte ou privation lui soit remboursée en tout ou en partie, avec ou sans intérêt au taux légal.

2.- Dans le cas de mesure disciplinaire, l'arbitre a juridiction pour maintenir, annuler ou modifier la mesure disciplinaire et ordonner la réintégration du salarié dans tous ses droits et privilèges dans son emploi à l'occupation qu'il occupait, avec remboursement en tout ou en partie ou sans remboursement du salaire perdu.

3.- Les pouvoirs de l'arbitre sont limités à décider de griefs au sens de la convention. L'Arbitre n'a cependant pas le pouvoir d'ajouter, de soustraire ou d'amender aucune disposition de cette convention.

4.- La décision de l'arbitre est définitive et lie les parties. Elle doit être appliquée dans un délai de quatorze (14) jours à moins que l'arbitre ne fixe un autre délai.

D. Collective Agreement of December 1994 between the Corporation des concessionnaires d'automobiles de la régionale de Québec and the Syndicat national des employés de garage du Québec Inc.

[TRANSLATION]

6.02 **Grievance**

Any grievance may be submitted for investigation and settlement in accordance with the procedure set out below:

In all cases, the employee shall first submit his or her grievance to the union, which shall decide what action to take.

First (1st) step

Any employee acting alone or through his or her shop steward or union representative, or the union, may submit a grievance in writing to the employer or the employer's authorized representative within fifteen (15) business days of the date on which knowledge of the circumstances that gave rise to the grievance was obtained.

. . .

6.03 **Collective Grievance**

A collective grievance may be submitted by the union at the first step to the employer or the employer's authorized representative within the period of fifteen (15) business days referred to in paragraph 6.02, provided that the grievance is signed by at least one of the employees concerned, by a shop steward or by the union.

6.05 **Powers of the Arbitrator**

1. The arbitrator may decide the rules of evidence and procedure and has the power to confirm a decision of the employer that is in accordance with the provisions of the collective agreement or to set aside a decision of the employer that is not in accordance with the provisions of the agreement.

   The arbitrator may make any decision that is necessary as a result of a violation of this agreement. The balance of probabilities rule shall apply to the arbitrator.

D. Convention collective de travail intervenue en décembre 1994 entre la Corporation des concessionnaires d'automobiles de la régionale de Québec et le Syndicat national des employés de garage du Québec Inc.

6.02 **Grief**

Tout grief peut être soumis pour enquête et règlement conformément à la procédure énoncée ci-dessous :

Dans tous les cas, le salarié doit soumettre préalablement son grief au syndicat qui avisera.

Première (1re) étape :

Tout salarié seul, ou par l'intermédiaire de son délégué d'atelier ou de son représentant syndical, ou le syndicat, peut soumettre un grief par écrit, à l'employeur ou à son représentant autorisé dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de la connaissance des circonstances donnant lieu au grief.

. . .

6.03 **Grief collectif**

Un grief collectif peut être soumis par le syndicat à la première étape à l'employeur ou à son représentant autorisé, dans le délai de quinze (15) jours ouvrables prévu au paragraphe 6.02, pourvu que le grief soit signé par au moins un des salariés impliqués ou par un délégué d'atelier ou par le syndicat.

6.05 **Pouvoirs de l'arbitre**

1. L'arbitre est le maître des règles de preuve et de procédure. Il a le pouvoir soit de confirmer la décision de l'employeur conforme aux dispositions de la convention collective, soit d'annuler la décision de l'employeur non conforme aux dispositions de la convention.

   L'arbitre peut rendre toute décision nécessaire par suite d'une violation de la présente convention. La règle de la prépondérance de la preuve s'applique à l'arbitre.

If the incident that led to the grievance causes the employee concerned to lose or be deprived of rights, wages or financial benefits provided for in the agreement, the arbitrator may order that the employee be reimbursed for such loss or deprivation in whole or in part, with or without interest.

2. In the case of grievances relating to disciplinary or non-disciplinary sanctions, the arbitrator has jurisdiction to uphold, set aside or vary the reprimand, suspension or dismissal or to substitute therefor the decision that the arbitrator deems fair and equitable. Where the arbitrator does not uphold the employer's decision, the arbitrator has jurisdiction to order that the employee be reinstated with all rights in the job the employee held, with compensation not exceeding the employee's lost wages with the employer or any lesser compensation the arbitrator may award. However, that compensation shall be determined having regard to what the employee may have earned in other employment since being dismissed or while suspended.

3. The powers of the arbitrator are limited to settling grievances within the meaning of the agreement. However, the arbitrator has no power to add, remove or amend any provision of this agreement.

Appeals allowed with costs, McLACHLIN C.J. *and* LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Isidore Garon ltée: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the appellant Fillion et Frères (1976) inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Solicitors for the respondents: Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.

Si l'incident qui a été la cause du grief entraîne une perte ou privation de droit ou de salaire ou d'avantages pécuniaires prévus à la convention pour le salarié concerné, l'arbitre peut ordonner que telle perte ou privation lui soit remboursée ou restituée le cas échéant en tout ou en partie, avec ou sans intérêts.

2. Dans les cas de grief relatifs à des sanctions d'ordre disciplinaire ou non disciplinaire, l'arbitre a juridiction pour maintenir, annuler ou modifier la réprimande, la suspension ou le congédiement ou y substituer la décision qui lui parait juste et équitable. Dans le cas où l'arbitre ne maintient pas la décision de l'employeur, il a compétence pour ordonner la réintégration du salarié dans tous ses droits à son emploi au poste qu'il occupait, avec une indemnité n'excédant pas la perte de salaire du salarié chez son employeur ou toute indemnité moindre qu'il adjugera. Toutefois, cette indemnité est déterminée en tenant compte de ce que le salarié a pu gagner d'un autre emploi depuis son congédiement ou pendant sa suspension.

3. Les pouvoirs de l'arbitre sont limités à décider de griefs au sens de la convention. L'arbitre n'a cependant pas le pouvoir d'ajouter, de soustraire ou d'amender aucune disposition de cette convention.

Pourvois accueillis avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* LEBEL *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante Isidore Garon ltée : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureurs de l'appelante Fillion et Frères (1976) inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Québec.

Procureurs des intimés : Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.

Wanda Young *Appellant*

v.

Leslie Bella, William S. Rowe and Memorial University of Newfoundland *Respondents*

and

Child Welfare League of Canada *Intervener*

INDEXED AS: YOUNG v. BELLA

Neutral citation: 2006 SCC 3.

File No.: 30670.

2005: October 20; 2006: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Torts — Negligence — Duty of care — University professors — Report of suspected ill-treatment of children — Student of social work submitting as an appendix attached to term paper an unattributed first person account of woman sexually abusing children — Professor speculating that account autobiographical but not seeking explanation from student — Professor taking her concerns to Director who, without inquiring further, sent report to Child Protection Services — Student red-flagged as potential child abuser — Investigation by Child Protection Services two years later quickly determining that student's account had been copied from textbook and suspicion baseless — Student bringing action in negligence against professor, Director and University — Whether all elements of tort of negligence established — Whether action barred by child welfare legislation, which protects informants who report child abuse unless report is done "maliciously or without reasonable cause" — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, s. 38(1), (6).

Wanda Young *Appelante*

c.

Leslie Bella, William S. Rowe et Memorial University of Newfoundland *Intimés*

et

Ligue pour le bien-être de l'enfance du Canada *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : YOUNG c. BELLA

Référence neutre : 2006 CSC 3.

N° du greffe : 30670.

2005 : 20 octobre; 2006 : 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Professeurs d'université — Signalement de cas de maltraitance soupçonnée d'enfants — Étudiante en service social annexant à un travail écrit un récit anonyme dans lequel une femme s'exprimant à la première personne relate des agressions sexuelles d'enfants — Professeure supposant que le récit est autobiographique, mais ne demandant aucune explication à l'étudiante — Professeure faisant part de ses inquiétudes au directeur qui, sans poser d'autres questions, effectue un signalement au service de protection de l'enfance — Étudiante signalée comme étant un agresseur d'enfant potentiel — Enquête du service de protection de l'enfance, menée deux ans plus tard, permettant de constater rapidement que le récit de l'étudiante est tiré d'un manuel et que les soupçons sont dépourvus de fondement — Étudiante intentant une action pour négligence contre la professeure, le directeur et l'Université — A-t-on établi l'existence de tous les éléments du délit de négligence? — L'action est-elle irrecevable en vertu de la loi sur le bien-être de l'enfance, qui protège les personnes qui signalent des cas de violence envers un enfant, sauf si le signalement est effectué « de façon malveillante ou sans raison valable »? — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 38(1), (6).

Damages — Jury award — Whether evidence at trial supported jury's award of damages.

Damages — Non-pecuniary damages — Jury awarding $430,000 in non-pecuniary damages in negligence case — Whether jury award should be set aside — Whether cap should be applied to non-pecuniary damage awards outside catastrophic personal injury context.

The appellant was a university student taking courses toward her goal of being admitted to the School of Social Work and becoming a social worker. As a result of a missing footnote to her term paper, professor B speculated that the case study attached as an appendix might be a personal confession to having sexually abused children (a "cry for help"). In fact the case study had been taken from a textbook listed in the bibliography attached to the term paper. B also suspected the term paper itself to be plagiarized. She wrote a letter to the appellant raising the issue of plagiarism, but did not mention to the appellant her concerns about suspected child abuse or request an explanation regarding the appendix. B later took her concerns to R, the Director of the School of Social Work, who, without seeking an explanation from the appellant, sent a "suspected ill-treatment" report to the Child Protection Services ("CPS"). Consequently, unbeknownst to the appellant, the suggestion that she was a suspected child sex abuser was discussed amongst three university professors, communicated to the RCMP, and disclosed to a minimum of ten social workers in several communities, many of whom knew the appellant through her summer employment and one of whom was her boyfriend's sister. More than two years after the initial report a CPS staff worker belatedly sought a meeting with the appellant where, for the first time, the appellant learned of the long-standing "report". She delivered the relevant textbook to CPS the next day. It was immediately obvious to CPS that the appendix had been copied from the textbook listed in the bibliography and was not in the least autobiographical. By letter of September 13, 1996, CPS acknowledged that "When explored it was immediately clear that the information did not relate to you. Rather, the information provided was an excerpt from a book."

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts accordés par un jury — La preuve étaye-t-elle les dommages-intérêts accordés par le jury?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts non pécuniaires — Jury accordant des dommages-intérêts non pécuniaires de 430 000 $ dans une affaire de négligence — Y a-t-il lieu d'annuler les dommages-intérêts accordés par le jury? — Y a-t-il lieu d'appliquer un plafond à l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires dans d'autres contextes que celui des blessures corporelles catastrophiques?

L'appelante était une étudiante universitaire qui suivait des cours en vue d'être admise à l'École de service social et de devenir travailleuse sociale. À la suite de l'omission de l'appelante d'inscrire une note en bas de page dans un travail écrit, la professeure B a supposé que l'étude de cas jointe en annexe pouvait être un aveu personnel dans lequel l'appelante reconnaissait avoir agressé sexuellement des enfants (un « appel à l'aide »). En réalité, l'étude de cas était tirée d'un manuel mentionné dans la bibliographie jointe au travail en question. B soupçonnait également que le travail était plagié. Elle a adressé à l'appelante une lettre dans laquelle elle soulevait la question du plagiat, mais elle ne lui a pas fait part de ses craintes qu'un enfant ait été victime de violence et ne lui a demandé aucune explication concernant l'annexe. B a, par la suite, fait part de ses inquiétudes à R, le directeur de l'École de service social, qui, sans chercher à obtenir une explication de l'appelante, a effectué un signalement de « cas de maltraitance soupçonnée » auprès du service de protection de l'enfance (« SPE »). En conséquence, sans que l'appelante le sache, l'idée qu'elle puisse être un agresseur sexuel d'enfant a fait l'objet de discussions entre trois professeurs d'université, a été communiquée à la GRC et a été révélée à au moins 10 travailleurs sociaux de plusieurs collectivités, dont plusieurs avaient connu l'appelante au cours de ses emplois d'été et dont l'un était la sœur de son petit ami. Plus de deux ans après le signalement initial, un membre du personnel du SPE a fini par solliciter une rencontre avec l'appelante et c'est au cours de cette rencontre que l'appelante a appris, pour la première fois, l'existence de ce « signalement » effectué depuis longtemps. Celle-ci a fourni le manuel pertinent au SPE le lendemain. Le SPE a immédiatement constaté que l'annexe était un extrait du manuel mentionné dans la bibliographie et n'avait rien d'autobiographique. Dans une lettre en date du 13 septembre 1996, le SPE a reconnu ceci : « L'examen de ces renseignements a permis de constater immédiatement qu'ils ne vous concernaient pas. Ces renseignements étaient plutôt tirés d'un manuel. »

The appellant then sued the respondents complaining that their actions "combined to put in motion a series of events that would forever shape the course of [her] future by affecting her reputation in the community, her ability to complete her education and by reducing her income-earning capacity". A jury found the University's treatment of the appellant to be negligent and further found that as a result of this negligence her chosen career prospects had been destroyed; it awarded $839,400 in damages, including $430,000 in non-pecuniary damages. A majority of the Court of Appeal set aside the jury award, concluding that the action was barred by s. 38(6) of the *Child Welfare Act*, which provided that an action did not lie against an informant of ill-treatment against a child "unless the making of the report is done maliciously or without reasonable cause".

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment should be restored.

Everyone is required by s. 38(1) of the *Child Welfare Act* to report "information that a child has been, is or may be in danger of abandonment, desertion, neglect, physical, sexual or emotional ill-treatment or has been, is or may be otherwise in need of protection". Those who are subject to a statutory duty to report must be protected from any adverse legal consequences flowing from compliance with that duty, but here the university professors acted on conjecture and speculation which fell short of the required "reasonable cause" to make a report to CPS required by s. 38(6). They did not even have misinformation (for which protection will be available unless reported maliciously or without reasonable cause). They acted in a way the jury found to be without any reasonable cause even to make a report. [3] [44]

There was evidence before the jury capable of establishing all the elements of the tort of negligence. In the present case, proximity was not simply grounded in a misguided report to CPS but was rooted in the broader relationship between the University's professors and their students, which gave rise to a duty of care. The standard of care that ought to be met by professors in respect of their students required them to take the necessary care to get their facts straight before taking a potential career-ending action. Here, both B and R failed to seek an explanation from the appellant. In light of the evidence, it was open to the jury to

L'appelante a alors intenté contre les intimés une action dans laquelle elle affirmait que leurs actes avaient « déclenché ensemble une suite d'événements qui a[vait] irrémédiablement façonné [son] avenir [. . .] en portant atteinte à sa réputation au sein de la collectivité et à sa capacité de terminer ses études, et en diminuant ainsi sa capacité de gagner un revenu ». Un jury a conclu que l'Université avait fait montre de négligence envers l'appelante et, en outre, qu'en raison de cette négligence cette dernière avait vu s'envoler ses chances de faire carrière dans le domaine de son choix; il a accordé des dommages-intérêts de 839 400 $, dont des dommages-intérêts non pécuniaires de 430 000 $. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont écarté la décision du jury d'accorder des dommages-intérêts, concluant que l'action en question était irrecevable en vertu du par. 38(6) de la *Child Welfare Act*, qui prévoyait qu'aucune action ne pouvait être intentée contre une personne qui signale un cas de maltraitance d'un enfant « sauf si le signalement est effectué de façon malveillante ou sans raison valable ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

Le paragraphe 38(1) de la *Child Welfare Act* oblige à communiquer les « renseignements indiquant qu'un enfant a été, est ou risque d'être victime d'abandon, de délaissement, de négligence, de mauvais traitements physiques, sexuels ou affectifs, ou qu'il a ou peut avoir par ailleurs besoin de protection ». Il faut protéger contre toute conséquence juridique défavorable les personnes qui s'acquittent de leur obligation de communiquer des renseignements. En l'espèce, les professeurs de l'Université ont cependant agi sur la foi d'hypothèses et de suppositions n'ayant rien de commun avec l'obligation, imposée par le par. 38(6), d'avoir une « raison valable » d'effectuer un signalement auprès du SPE. Ils ne disposaient même pas de renseignements inexacts (à l'égard desquels s'applique la protection, sauf s'ils sont communiqués de façon malveillante ou sans raison valable). Le jury a conclu qu'ils n'avaient aucune raison valable même d'effectuer un signalement. [3] [44]

La preuve présentée au jury permettait d'établir l'existence de tous les éléments du délit de négligence. En l'espèce, la proximité découlait non pas simplement d'un malencontreux signalement effectué auprès du SPE, mais du lien général qui existait entre les professeurs de l'Université et leurs étudiants, lequel lien donnait naissance à une obligation de diligence. La norme de diligence que les professeurs devaient respecter à l'égard de leurs étudiants les obligeait à prendre les précautions requises pour s'assurer de l'exactitude des faits avant de prendre des mesures susceptibles de mettre fin à une carrière. Dans le cas qui nous occupe,

conclude that their behaviour fell markedly short of the standard of care professors are required to meet in respect of their students. There is no basis for an appellate court to intervene with the jury's findings in this respect. [27-43]

Section 38(6) does not bar the appellant's action. Under s. 38(1), information that a child "may be" in danger or in need of protection suffices to trigger the duty to report. The respondents were not obliged to conduct their own investigation of the suspected abuse, nor were they required to have reasonable cause to believe abuse had in fact occurred before making a report. They were, however, obliged to have reasonable cause to make a report to CPS, i.e. to possess information that CPS reasonably ought to be asked to look into, even if it turned out to be misinformation. It is the absence of reasonable cause even to make a report that lay at the heart of the appellant's allegation of negligence. [34] [49]

Section 38(6) offers no protection to the respondents because the case study contained in the appendix was not information that a child was in danger or in need of protection from the appellant. So far as the respondents were concerned, its date and authorship were simply unknown. There was nothing that tied the experiences it related to the appellant. R acted on nothing more than speculation and conjecture. It appears the jury concluded that he must have known that simply making a report would have serious consequences, especially for someone in the appellant's position, and in particular that a report by a prominent individual such as the Director of the School of Social Work would likely cause the appellant's name to be placed on the Child Abuse Registry. [42] [51]

There is no basis for an appellate court to interfere with the jury's award of damages. There were many contingencies built into the damage calculations, all of which were laid out before the jury by the parties. The jury chose to resolve those contingencies in favour of the appellant. It was within their province, as the triers of fact, to do so. The respondents' argument that the appellant's claim is really an action for defamation, dressed up as a negligence action, must be rejected. The possibility of suing in defamation does not negate the availability of a cause of action in negligence where the necessary elements are made out. [54-56]

B et R ont tous les deux omis de demander une explication à l'appelante. Compte tenu de la preuve, le jury pouvait conclure que le comportement des professeurs dérogeait sensiblement à la norme de diligence qu'ils sont tenus de respecter à l'égard de leurs étudiants. Rien ne justifie une cour d'appel de modifier les conclusions du jury à cet égard. [27-43]

Le paragraphe 38(6) ne rend pas irrecevable l'action de l'appelante. Aux termes du par. 38(1), les renseignements indiquant qu'un enfant est en situation de « risque » ou peut avoir besoin de protection suffisent pour donner naissance à l'obligation de signalement. Les intimés n'avaient pas à mener leur propre enquête sur le cas de violence soupçonnée et n'étaient pas non plus tenus d'avoir une raison valable de croire qu'une agression avait vraiment eu lieu avant d'effectuer un signalement. Ils devaient toutefois avoir une raison valable d'effectuer un signalement auprès du SPE : en d'autres termes, ils devaient posséder des renseignements qui pouvaient raisonnablement justifier une demande d'enquête au SPE, même si ces renseignements se sont avérés inexacts. C'est l'absence de raison valable même d'effectuer un signalement qui est au cœur de l'allégation de négligence de l'appelante. [34] [49]

Le paragraphe 38(6) n'offre aucune protection aux intimés parce que l'étude de cas figurant à l'annexe ne constituait pas un renseignement indiquant qu'un enfant était en situation de risque ou avait besoin d'être protégé contre l'appelante. Quant aux intimés, ils ne connaissaient ni la date ni l'auteur de l'étude de cas. Rien ne liait l'appelante aux expériences relatées. R n'a agi que sur la foi de suppositions et d'hypothèses. Il appert que le jury a conclu que R devait savoir que le seul fait d'effectuer un signalement aurait de graves conséquences, surtout pour quelqu'un comme l'appelante, et, en particulier, qu'un signalement par une personne en vue comme le directeur de l'École de service social entraînerait probablement l'inscription du nom de l'appelante au registre de l'enfance maltraitée. [42] [51]

Rien ne justifie une cour d'appel de modifier les dommages-intérêts accordés par le jury. De nombreuses éventualités étaient incorporées dans les calculs des dommages-intérêts, lesquelles ont toutes été exposées au jury par les parties. Le jury a opté pour les éventualités favorables à l'appelante. Il pouvait le faire en sa qualité de juge des faits. Il faut rejeter l'argument des intimés selon lequel l'action fondée sur la négligence intentée par l'appelante est en réalité une action pour diffamation. La possibilité d'intenter une action pour diffamation n'empêche pas d'invoquer une cause d'action fondée sur la négligence lorsque les éléments nécessaires sont établis. [54-56]

There was also evidence to permit the jury to find that there was a causal connection between the University's breach of duty and the damages suffered by the appellant, that the damage sustained by the appellant was foreseeable, and that contributory negligence on the part of the appellant had not been proved. Finally, the jury's award for non-pecuniary damages cannot, in light of the evidence, be said to be wholly disproportionate or so shockingly unreasonable so as to justify appellate interference. Nor is the case for imposing a cap in respect of negligence causing economic loss made out here. The issue of whether and in what circumstances a cap applies to non-pecuniary damage awards outside the catastrophic personal injury context is left open for consideration in another case. [59-66]

Cases Cited

Applied: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; **distinguished:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Fulton v. Globe and Mail* (1996), 194 A.R. 254, aff'd (1997), 53 Alta. L.R. (3d) 212; *Elliott v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 16 O.R. (3d) 677, aff'd (1995), 25 O.R. (3d) 302; *Spring v. Guardian Assurance plc*, [1994] 3 All E.R. 129; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *S.Y. v. F.G.C.* (1996), 78 B.C.A.C. 209.

Statutes and Regulations Cited

Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, s. 38(1), (6).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Roberts, Welsh and Rowe JJ.A.) (2004), 241 Nfld. & P.E.I.R. 35, 716 A.P.R. 35, 8 C.P.C. (6th) 131, [2004] N.J. No. 338 (QL), 2004 NLCA 60, setting aside a jury award. Appeal allowed.

Gillian D. Butler, Q.C., and *Kimberley M. McLennan*, for the appellant.

R. Wayne Bruce and *Susan E. Norman*, for the respondents.

La preuve était également suffisante pour permettre au jury de conclure qu'il existait un lien causal entre le manquement de l'Université à son obligation et le préjudice subi par l'appelante, que ce préjudice était prévisible et que l'existence de négligence contributive de la part de l'appelante n'avait pas été établie. Enfin, compte tenu de la preuve, on ne saurait affirmer que le montant accordé par le jury est tout à fait disproportionné ou terriblement déraisonnable au point de justifier l'intervention d'une cour d'appel. La nécessité de fixer un plafond dans les cas de négligence causant une perte économique n'est pas établie en l'espèce non plus. L'examen de la question de savoir si et dans quelles circonstances ce plafond s'applique à l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires dans d'autres contextes que celui des blessures corporelles catastrophiques est reporté à une autre occasion. [59-66]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; **distinction d'avec les arrêts :** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Fulton c. Globe and Mail* (1996), 194 A.R. 254, conf. par (1997), 53 Alta. L.R. (3d) 212; *Elliott c. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 16 O.R. (3d) 677, conf. par (1995), 25 O.R. (3d) 302; *Spring c. Guardian Assurance plc*, [1994] 3 All E.R. 129; *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *S.Y. c. F.G.C.* (1996), 78 B.C.A.C. 209.

Lois et règlements cités

Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 38(1), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Roberts, Welsh et Rowe) (2004), 241 Nfld. & P.E.I.R. 35, 716 A.P.R. 35, 8 C.P.C. (6th) 131, [2004] N.J. No. 338 (QL), 2004 NLCA 60, qui a annulé une décision d'un jury. Pourvoi accueilli.

Gillian D. Butler, c.r., et *Kimberley M. McLennan*, pour l'appelante.

R. Wayne Bruce et *Susan E. Norman*, pour les intimés.

Michael E. Barrack and *Christopher A. Wayland*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BINNIE J. —

I. Introduction

The appellant, Wanda Young, was a student at Memorial University of Newfoundland in 1994, taking courses toward her goal of being admitted to the School of Social Work and becoming a social worker. Because of a bizarre misunderstanding between her and one of her professors over a missing footnote to a term paper, a misunderstanding that was not brought to the appellant's attention until more than two years after her paper was submitted, she was reported in May 1994 by the respondent William Rowe, the then Director of the School of Social Work, to the provincial Child Protection Services ("CPS") as a potential child abuser. When the report was belatedly "investigated" by CPS in 1996, the misunderstanding was cleared up within 24 hours. The suspicion of child abuse was found by CPS to be without a shred of reality. As a result of the Director's report, however, the appellant (unbeknownst to her) had been placed on the provincial Child Abuse Registry and her name was "red flagged" in the police and social work communities in Newfoundland and Labrador where, as an aspiring social worker, she might have hoped to obtain employment. A Newfoundland jury found the University's treatment of her to be negligent, and further found (more controversially) that as a result of this negligence, her chosen career prospects had been destroyed. The jury awarded her damages of $839,400.

It is important that suspected child abuse be promptly reported. But, as this case illustrates, it is also important that persons in positions of authority (such as university professors in relation to their students) act responsibly and avoid unfounded and

Michael E. Barrack et *Christopher A. Wayland*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

1 En 1994, l'appelante Wanda Young était étudiante à l'Université Memorial de Terre-Neuve où elle suivait des cours en vue d'être admise à la School of Social Work (« École de service social ») et de devenir travailleuse sociale. En mai 1994, à cause d'un étrange malentendu entre l'appelante et l'un de ses professeurs au sujet de l'absence d'une note en bas de page dans un travail écrit — malentendu dont l'appelante n'a pris connaissance que plus de deux ans après avoir remis le travail en question —, l'intimé William Rowe, alors directeur de l'École de service social, l'a dénoncée au service de protection de l'enfance (« SPE ») de la province comme étant un agresseur d'enfant potentiel. Lorsque le SPE a fini par « enquêter » sur ce signalement en 1996, le malentendu a été dissipé en moins de 24 heures. Le SPE a conclu que les soupçons de violence envers un enfant n'avaient aucun fondement. Cependant, à la suite du signalement effectué par le directeur, l'appelante a été inscrite (à son insu) au registre provincial de l'enfance maltraitée et son nom a été signalé aux corps policiers et au milieu des services sociaux de Terre-Neuve et du Labrador où, en tant qu'aspirante travailleuse sociale, elle aurait pu espérer obtenir un emploi. Un jury de Terre-Neuve a conclu que l'Université avait fait montre de négligence envers l'appelante et, en outre (de façon plus controversée), qu'en raison de cette négligence cette dernière avait vu s'envoler ses chances de faire carrière dans le domaine de son choix. Le jury lui a accordé des dommages-intérêts de 839 400 $.

2 Il est important de signaler sans délai les cas de violence soupçonnée envers un enfant. Toutefois, comme l'illustre la présente affaire, il importe également que les personnes en situation d'autorité (comme les professeurs d'université par rapport à

damaging reports of suspicion. Section 38(6) of the *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, c. C-12, requires there to be "reasonable cause" to make the report, thus striking an appropriate balance between the protection of children, the protection of third parties against unfounded allegations, and the protection of informants.

3 A majority of the Newfoundland Court of Appeal overturned the jury award because it considered the appellant's action to be barred by s. 38(6), which protects individuals from legal action who report "information that a child has been, is or may be in danger" of abuse. We agree, of course, that those who are subject to a duty to report information must be protected from any adverse legal consequences flowing from compliance with that duty, but here the university professors acted on conjecture and speculation which fell far short of the required "reasonable cause" to make a report to CPS required by s. 38(6). They did not even have misinformation (for which protection will be available unless reported maliciously or without reasonable cause). They acted in a way the jury found to be without any reasonable cause to make a report. In our view, s. 38(6) does not bar relief to the appellant in these circumstances. The cause of the action of negligence was properly put to the jury. The defence's evidence, as well as the plaintiff's evidence, was clearly laid out by the trial judge. It was open to the jury, as the finder of facts, to reach the conclusions it did on the evidence put before it. We would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the jury's verdict.

II. The Facts

4 In 1994, the appellant, then 23 years old, lived in Spaniard's Bay, a community about a hundred

leurs étudiants) agissent de manière responsable et se gardent de signaler des soupçons d'une manière non fondée et préjudiciable. Le paragraphe 38(6) de la *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, ch. C-12, requiert l'existence d'une [TRADUCTION] « raison valable » d'effectuer le signalement et établit ainsi un juste équilibre entre la protection des enfants, la protection des tiers contre des allégations non fondées et la protection des dénonciateurs.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ont écarté la décision du jury d'accorder des dommages-intérêts parce qu'ils considéraient que l'action intentée par l'appelante était irrecevable en vertu du par. 38(6), qui soustrait aux poursuites en justice les personnes qui communiquent [TRADUCTION] « des renseignements indiquant qu'un enfant a été, est ou risque d'être victime » de violence. Certes, nous reconnaissons la nécessité de protéger contre toute conséquence juridique défavorable les personnes qui s'acquittent de leur obligation de communiquer des renseignements. En l'espèce, les professeurs de l'Université ont cependant agi sur la foi d'hypothèses et de suppositions n'ayant rien de commun avec l'obligation, imposée par le par. 38(6), d'avoir une « raison valable » d'effectuer un signalement auprès du SPE. Ils ne disposaient même pas de renseignements inexacts (à l'égard desquels s'applique la protection, sauf s'ils sont communiqués de façon malveillante ou sans raison valable). Le jury a conclu qu'ils n'avaient aucune raison valable d'effectuer un signalement. À notre avis, le par. 38(6) n'empêche pas l'appelante d'obtenir réparation dans ces circonstances. La cause de l'action fondée sur la négligence a été soumise, comme il se devait, à l'appréciation du jury. Le juge de première instance a clairement exposé la preuve de la défense de même que celle de la demanderesse. En tant que juge des faits, le jury pouvait tirer les conclusions auxquelles il est arrivé compte tenu de la preuve qui lui avait été présentée. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir le verdict du jury.

II. Les faits

En 1994, l'appelante, alors âgée de 23 ans, vivait à Spaniard's Bay, une collectivité située à une

kilometres from St. John's. Although a full-time fee-paying student, she subscribed to "distance courses" taught largely by conference calls and correspondence. Her interaction with her professors in St. John's was limited. Her grades were marginal, and in 1993, her application to pursue a specialized course of study at the School of Social Work was rejected. Nevertheless, she soldiered on and took what courses in social work she was eligible to take.

centaine de kilomètres de St. John's. Bien qu'elle fût une étudiante à temps plein qui payait des frais de scolarité, l'appelante s'est inscrite à des « cours de formation à distance » donnés pour la plupart par conférence téléphonique ou par correspondance. Ses échanges avec les professeurs de St. John's étaient limités. Ses notes étaient faibles et, en 1993, sa demande d'admission à un programme d'études spécialisées à l'École de service social a été rejetée. Elle a malgré tout persévéré et suivi les cours de service social auxquels elle était admissible.

In April 1994, the appellant submitted her final assignment in Social Work 5614, entitled "Social Work in Rural Newfoundland and Northern Labrador". The appellant said she met with her professor, the respondent Professor Leslie Bella, only once during the term. She said she obtained prior approval of the topic for her paper entitled "Juvenile Sex Offenders — Treatment and Counselling Techniques". The paper was eventually submitted over two weeks late. 5

En avril 1994, l'appelante a remis son dernier travail pour le cours de service social 5614 intitulé « Social Work in Rural Newfoundland and Northern Labrador ». L'appelante a dit n'avoir rencontré sa professeure, l'intimée Leslie Bella, qu'une seule fois pendant la session. Elle a ajouté que le sujet de son travail intitulé « Juvenile Sex Offenders — Treatment and Counselling Techniques » avait été préalablement autorisé. Le travail a finalement été remis avec plus de deux semaines de retard.

Her term paper included the uncontroversial observation that abused children may themselves go on to become abusers. To illustrate this observation, the appellant attached as Appendix A a case study copied from a textbook. The case study was a woman's "first person" account of being sexually abused as a child, then sexually abusing children in her care as an adult babysitter. The textbook from which the case study was taken was listed in the appellant's bibliography. However, the Appendix was not footnoted in the body of the text in accordance with proper practice, a requirement of which the appellant was apparently oblivious. In light of subsequent events, it is convenient to reproduce the portion of her term paper that referred to Appendix A: 6

Dans son travail, l'appelante faisait incontestablement remarquer que les enfants victimes de violence peuvent à leur tour devenir des agresseurs. Pour illustrer cette remarque, elle avait joint en annexe A une étude de cas tirée d'un manuel. Dans cette étude de cas, une femme s'exprimant à la première personne racontait avoir été victime d'abus sexuels durant son enfance et avoir ensuite, à l'âge adulte, agressé sexuellement des enfants qu'elle gardait. Le manuel d'où provenait l'étude de cas était mentionné dans la bibliographie de l'appelante. Toutefois, contrairement à la pratique habituelle, l'annexe ne faisait l'objet d'aucune note en bas de page dans le corps du texte, exigence que l'appelante ne connaissait manifestement pas. Compte tenu des événements subséquents, il convient de reproduire la partie de son travail qui renvoyait à l'annexe A :

From an early age, generally around the ages of eleven or twelve, many sex offenders develop specific interest in various sexual behaviours. Many agree that these behaviours are learned primarily through observation and by direct experience. These experiences are often the result of sexual abuse. In the majority of cases, juvenile sex offenders are themselves victims of sexual

[TRADUCTION] De nombreux délinquants sexuels développent à un très jeune âge, généralement vers onze ou douze ans, un intérêt particulier pour divers comportements sexuels. Bien des gens reconnaissent que ces comportements s'acquièrent principalement par l'observation et l'expérience directe. Ces expériences découlent souvent d'abus sexuels. Dans la majorité des

abuse (See appendix A). Sexual abuse occurs in a cycle that is repeated over and over, so if we could get to these offenders at an early age we would prevent a lot of this abuse. [Emphasis added.]

cas, les délinquants sexuels mineurs sont eux-mêmes victimes d'abus sexuels (voir l'annexe A). L'agression sexuelle s'inscrit dans un cycle continu. Il nous serait donc possible de prévenir un bon nombre de ces abus si nous pouvions nous occuper de ces délinquants lorsqu'ils sont encore très jeunes. [Nous soulignons.]

Appendix A itself did not contain any identifying details of dates, places or the names of people implicated in the confession. In particular, there was nothing to link the experiences it related to the appellant herself.

L'annexe A elle-même ne comportait aucune précision particulière concernant les dates, les lieux ou les noms des personnes visées par l'aveu. Plus particulièrement, rien ne reliait les expériences relatées à l'appelante elle-même.

7 Professor Bella testified that she was taken aback to read a case study written in a confessional style by a woman, which in those days she considered unusual. Instead of accepting Appendix A as illustrative of the point being made in the term paper, Professor Bella speculated that perhaps it was autobiographical, a personal confession by the appellant of having sexually abused children she babysat, or as Professor Bella put it, a "cry for help". Professor Bella also suspected the term paper was plagiarized.

La professeure Bella a témoigné qu'elle avait été étonnée de lire une étude de cas présentée sous la forme d'un aveu par une femme, ce qu'elle estimait inhabituel à l'époque. Au lieu d'admettre que l'annexe A illustrait le thème du travail en question, la professeure Bella a supposé qu'il pouvait s'agir d'un récit autobiographique, d'un aveu personnel de l'appelante, dans lequel celle-ci reconnaissait avoir agressé sexuellement des enfants qu'elle gardait, ou d'un [TRADUCTION] « appel à l'aide », pour reprendre l'expression de la professeure Bella. Elle soupçonnait également que le travail était plagié.

8 On April 26, 1994, Professor Bella shared her concerns with the Acting Director of the School of Social Work and Chair of the School's Admissions Committee, Professor Jane Dempster. Professor Bella showed Professor Dempster Appendix A of the term paper, without the paper itself, and did not mention that the appendix had been attached to a paper on juvenile sex offenders. Based on what she was told, Professor Dempster (who did not read the term paper) testified that she suggested Professor Bella meet with the appellant to discuss the appendix, and, if the meeting did not resolve her concerns, to call CPS. In the meantime, Professor Dempster undertook to consult the appellant's personal file to see if perhaps a letter of reference or other document disclosed the name of a child or children babysat by the appellant that could lead to further inquiries. The search apparently yielded nothing of interest.

Le 26 avril 1994, la professeure Bella a fait part de ses inquiétudes à la directrice intérimaire de l'École de service social et présidente du comité d'admission de l'École, la professeure Jane Dempster. La professeure Bella a montré à la professeure Dempster l'annexe A du travail écrit, sans toutefois lui montrer le travail lui-même ni lui préciser que l'annexe avait été jointe à un travail portant sur les délinquants sexuels mineurs. La professeure Dempster (qui n'a pas lu le travail) a témoigné que, compte tenu de ce qu'on lui avait dit, elle avait recommandé à la professeure Bella de rencontrer l'appelante pour parler de l'annexe, et de communiquer avec le SPE si elle n'était pas rassurée à l'issue de la rencontre. Entre-temps, la professeure Dempster a consulté le dossier personnel de l'appelante pour vérifier si une lettre de recommandation ou un autre document indiquait le nom d'un enfant ou de plusieurs enfants gardés par celle-ci, qui pourrait inciter à poser d'autres questions. Cette recherche n'a apparemment donné aucun résultat intéressant.

Instead of meeting with the appellant and asking her to explain where Appendix A came from, Professor Bella decided her plagiarism inquiry should proceed entirely separately from the abuse inquiry which she thought should go directly to CPS. Accordingly, her letter of April 28, 1994 to the appellant said nothing about Appendix A, the "footnote issue" or Professor Bella's speculation about its autobiographical nature. After stating that the topic of juvenile sex offenders was not appropriate for the course (although as stated the appellant testified the topic had been approved in advance), Professor Bella's letter went on to suggest the appellant's paper might have been written for another course ("self-plagiarism") or by somebody else ("[t]he style of presentation in your paper is very different from the work in your examination"). Professor Bella then wrote:

Please consider my comments, and decide if you can give me evidence that the paper was (i) written for this course, (ii) was your own work (iii) and that its submission was delayed for reasons that are not your own fault. . . .

Please note that if I do proceed to mark this paper I will also check your references and other related sources, to confirm that you have not plagiarised sections of the paper.

Without waiting to hear back from the appellant, Professor Bella placed an informal telephone call on April 28, 1994 to CPS for advice. She was told that as she was unable to provide any information about a specific child at risk, there was nothing for CPS to inquire into. CPS also advised Professor Bella to speak to the appellant to obtain some clarification. Professor Bella did not accept this advice. Nothing was ever said by any of the professors to the appellant about the footnote issue or their suspicions that Appendix A was autobiographical.

Au lieu de rencontrer l'appelante et de lui demander d'expliquer d'où provenait l'annexe A, la professeure Bella a décidé que son enquête portant sur le plagiat devrait être menée séparément de celle portant sur les abus, qui selon elle devrait être confiée directement au SPE. C'est pourquoi la lettre du 28 avril 1994 que la professeure Bella avait adressée à l'appelante ne mentionnait rien au sujet de l'annexe A, du [TRADUCTION] « problème de note en bas de page » ou de sa supposition concernant la nature autobiographique de l'annexe. Après avoir affirmé, dans sa lettre, que les délinquants sexuels mineurs ne représentaient pas un sujet approprié pour le cours (bien que, comme nous l'avons vu, l'appelante ait témoigné que ce sujet avait été préalablement autorisé), la professeure Bella a ajouté qu'il se pouvait que le travail de l'appelante ait été destiné à un autre cours (« autoplagiat ») ou rédigé par quelqu'un d'autre ([TRADUCTION] « [l]e style de présentation de votre travail diffère sensiblement de celui de votre test »). La professeure Bella a ensuite écrit ceci : 9

[TRADUCTION] Je vous prierais de réfléchir à mes remarques et de voir si vous pouvez me prouver que (i) ce travail était destiné uniquement à mon cours, (ii) que vous en êtes l'auteure et (iii) que vous l'avez remis en retard pour des raisons indépendantes de votre volonté. . .

Veuillez noter que si je décide d'évaluer votre travail, je vérifierai également vos sources bibliographiques et autres afin de m'assurer qu'aucune partie du travail n'est plagiée.

Sans laisser à l'appelante le temps de répondre à sa lettre, la professeure Bella a téléphoné officieusement au SPE, le 28 avril 1994, pour demander conseil. On lui a répondu que, puisqu'elle n'était pas en mesure de fournir des renseignements indiquant qu'un certain enfant était en situation de risque, il n'y avait pas matière à enquête pour le SPE. Le SPE a également conseillé à la professeure Bella de parler à l'appelante afin d'obtenir des explications. La professeure Bella n'a pas suivi ce conseil. Aucun des professeurs n'a mentionné quoi que ce soit à l'appelante à propos du problème de note en bas de page ou de leurs soupçons que l'annexe A était autobiographique. 10

11 Professor Bella's notes confirmed that she heard from the appellant shortly after dispatch of the letter, and the appellant testified that she provided Professor Bella with all the documents requested to rebut the suspicion of plagiarism. In the end, Professor Bella declined to mark the paper (ostensibly because of its lateness) and gave the appellant a zero.

12 Although Professor Bella did not raise the issue of the case study and possible child abuse with the appellant (as she considered that it was not her proper role to "investigate"), she did not let the matter rest. She took her concerns to the Director of the School of Social Work, Dr. William Rowe. She told Dr. Rowe the appendix "was neither referenced nor had any explanation in terms of paper". Dr. Rowe, making no other inquiries, then attached Appendix A to a report he sent to Paula Burt of CPS dated May 25, 1994, which read in its entirety as follows:

> Further to our conversation, please find enclosed an item submitted by Wanda Young [address omitted] who was a student in one of our distance education courses this past term.
>
> The paper, while competently written, had little, if anything, to do with the assignment and the case study was attached without explanation. The material in the case study is alarming and it maybe [*sic*] appropriate for someone from your office or from the RCMP detachment responsible for Spaniard's Bay to follow up.
>
> Please inform me of your decision. If I can be of any assistance, please do not hesitate to call me. [Emphasis added.]

The community of social workers in Newfoundland is very small. There is only one School of Social Work. For example Paula Burt, while working at CPS, was also continuing courses at the school, and was therefore a fellow student of the appellant. Dr. Rowe did not disclose to Paula Burt that the case study was provided in the context of a paper on juvenile sex offenders. Dr. Rowe knew, as a specialist in the field of child abuse, it was quite foreseeable that his report would result in the

Les notes de la professeure Bella confirment qu'elle a eu des nouvelles de l'appelante peu après lui avoir envoyé la lettre, et l'appelante a témoigné qu'elle avait fourni à la professeure Bella tous les documents requis pour dissiper les soupçons de plagiat. En définitive, la professeure Bella a refusé d'évaluer le travail (apparemment à cause de sa remise tardive) et a donné un zéro à l'appelante.

Bien qu'elle n'ait pas porté à l'attention de l'appelante la question de l'étude de cas et la possibilité de violence envers un enfant (parce qu'elle considérait qu'il ne lui appartenait pas de [TRADUCTION] « faire enquête »), la professeure Bella n'en est pas restée là. Elle a fait part de ses inquiétudes au directeur de l'École de service social, M. William Rowe. Elle lui a dit que l'annexe ne comportait [TRADUCTION] « aucun renvoi ni aucune explication la rattachant au travail ». Sans poser d'autres questions, M. Rowe a alors joint l'annexe A au signalement en date du 25 mai 1994 qu'il a transmis à Paula Burt du SPE, et dont voici le texte intégral :

> [TRADUCTION] Pour donner suite à notre conversation, veuillez trouver sous pli un texte présenté par Wanda Young [adresse omise], étudiante inscrite à l'un de nos cours à distance pendant la dernière session.
>
> Quoique bien rédigé, le travail a peu, sinon rien, à voir avec ce qui a été demandé et l'étude de cas a été jointe sans explication. Le contenu de l'étude de cas est alarmant et il peut convenir que quelqu'un de votre bureau ou du détachement de la GRC de Spaniard's Bay donne suite à l'affaire.
>
> Je vous saurais gré de m'informer de votre décision. N'hésitez pas à me téléphoner si vous jugez que je puis vous être utile. [Nous soulignons.]

Le milieu des travailleurs sociaux de Terre-Neuve est très restreint. Il n'y a qu'une seule école de service social. Par exemple, tout en travaillant au SPE, Paula Burt suivait également des cours à cette école et était, de ce fait, condisciple de l'appelante. M. Rowe n'a pas révélé à Paula Burt que l'étude de cas avait été fournie dans le contexte d'un travail écrit sur les délinquants sexuels mineurs. En tant que spécialiste en matière de violence envers les enfants, M. Rowe savait qu'il était tout à fait

appellant's name being placed on the Child Abuse Registry. Dr. Rowe testified:

Q. Okay. You mentioned a Child Abuse Registry. What Child Abuse Registry?

A. When someone has been, when a complaint has been sent to Social Services, or to Child Protection, their, if it's found out to be a reasonable complaint, even if it isn't a situation where someone has been found guilty, their name is placed on the Registry.

Officials from CPS testified that Dr. Rowe's stature in the field of child abuse lent significant credibility to his report.

Dr. Rowe rejected any suggestion that he ought to have raised his concern with the appellant before sending the letter. That, he told the jury, was a job best left to CPS. He also said he had copyright concerns about sharing the appellant's paper with CPS.

In the meantime, the University had written to the appellant on May 11, 1994, rejecting her request for reconsideration of her application to pursue a degree in social work. Saying she was disheartened, the appellant approached Professor Jane Dempster (whose roles at the School of Social Work included guidance counselling) to see how she might improve her chances of acceptance. Professor Bella had already shared with Professor Dempster her concerns about suspected child abuse but the appellant was not told about this or the reason why the School had decided she was irredeemably unfit for social work. Professor Dempster was "cold" (according to the appellant) and flatly advised her that the faculty did not think she had what it took to be a social worker and that she should look elsewhere for a career.

prévisible que ce signalement entraînerait l'inscription du nom de l'appelante au registre de l'enfance maltraitée. Dans son témoignage, il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Bien. Vous avez parlé d'un registre de l'enfance maltraitée. De quel registre de l'enfance maltraitée s'agit-il?

R. Quand une personne a été, lorsqu'une plainte a été envoyée aux Services sociaux ou à la Protection de l'enfance, alors si la plainte est jugée raisonnable, même s'il ne s'agit pas d'un cas où quelqu'un a été reconnu coupable, son nom est inscrit au registre.

Des agents du SPE ont témoigné que la notoriété de M. Rowe dans le domaine de la violence envers les enfants rendait son signalement d'autant plus crédible.

13 M. Rowe a rejeté toute idée qu'il aurait dû faire part de ses inquiétudes à l'appelante avant d'envoyer sa lettre. Il a dit au jury qu'il incombait davantage au SPE de le faire. Il a ajouté qu'il craignait qu'il y ait atteinte au droit d'auteur si le SPE prenait connaissance du travail rédigé par l'appelante.

14 Pendant ce temps, le 11 mai 1994, l'Université avait informé par écrit l'appelante de son refus de réexaminer sa demande d'admission au programme d'études menant à un diplôme en travail social. Se disant découragée, l'appelante s'est adressée à la professeure Jane Dempster (dont l'un des rôles à l'École de service social était celui de conseiller d'orientation professionnelle) pour voir comment elle pourrait augmenter ses chances d'admission. La professeure Bella avait déjà fait part à la professeure Dempster de ses craintes qu'un enfant ait été victime de violence, mais l'appelante n'en a rien su et n'a pas été informée de la raison pour laquelle l'École avait décidé qu'elle était irrémédiablement inapte au travail social. La professeure Dempster l'a accueillie [TRADUCTION] « froidement » (selon l'appelante) et lui a dit sans ambages que la faculté ne croyait pas qu'elle avait ce qu'il fallait pour être une travailleuse sociale, et qu'elle devrait se destiner à une autre carrière.

15 Professor Dempster said she had no recollection of such a meeting, and that the remarks attributed to her sounded unlike the things she would normally say to a student in such circumstances.

16 The evidence for the respondents was that there were numerous reasons why the appellant was rejected quite apart from suspicions about child abuse. Admission to the course, they told the jury, was highly competitive (three applicants for each acceptance) and the appellant's grades were low. (The fact that Professor Bella gave her zero on her final assignment on juvenile sex offenders did not help matters.) The evidence also suggested, however, that some students with low marks were counselled to take further courses. The advice to the appellant, on the contrary, was to leave the field.

17 Saying that she was demoralized by the peremptory tone of Professor Dempster's message, the appellant took a summer job in Quebec and did not return to Memorial University in September. Instead, she sought and accepted whatever casual employment she could obtain as a youth care worker at various facilities. Unbeknownst to her, the suggestion that she was a potential child sex abuser had been discussed amongst three university professors, communicated to the RCMP, and disclosed to a minimum of ten social workers in several communities, many of whom knew the appellant through her summer employment and one of whom was her boyfriend's sister.

18 More than two years after the initial referral to CPS, a staff worker sought a meeting with the appellant, which belatedly took place on September 9, 1996. There, for the first time, the appellant learned of the long-standing "report". The appellant responded by delivering the relevant textbook to CPS the next day. It was immediately obvious to CPS that Appendix A had been copied from the textbook and was not in the least autobiographical. By letter of

La professeure Dempster a affirmé qu'elle n'avait aucun souvenir de cette rencontre et que les remarques qu'on lui attribuait ne ressemblaient pas aux propos qu'elle tiendrait normalement à un étudiant en pareil cas.

Selon la preuve des intimés, de nombreuses autres raisons n'ayant rien à voir avec les soupçons de violence envers un enfant expliquaient le refus d'admettre l'appelante. Ils ont informé le jury que les candidats à l'admission étaient très nombreux (trois demandes pour chaque admission) et que les notes de l'appelante étaient faibles. (Le zéro que lui a donné la professeure Bella pour son dernier travail sur les délinquants sexuels mineurs n'a pas amélioré la situation.) Toutefois, la preuve indiquait également qu'on avait conseillé à des étudiants dont les notes étaient faibles de suivre d'autres cours. Par contre, l'appelante s'était vu conseiller de quitter le domaine.

Se disant démoralisée par le ton péremptoire du message de la professeure Dempster, l'appelante a accepté un emploi d'été au Québec et n'est pas retournée à l'Université Memorial en septembre. Elle a plutôt occupé tous les emplois occasionnels d'intervenante auprès des jeunes qu'elle a pu obtenir dans différents établissements. Sans que l'appelante le sache, l'idée qu'elle puisse être un agresseur sexuel d'enfant avait fait l'objet de discussions entre trois professeurs d'université, avait été communiquée à la GRC et avait été révélée à au moins 10 travailleurs sociaux de plusieurs collectivités, dont beaucoup d'entre eux avaient connu l'appelante au cours de ses emplois d'été et dont l'un était la sœur de son petit ami.

Plus de deux ans après le signalement initial effectué auprès du SPE, un membre du personnel a sollicité une rencontre avec l'appelante, laquelle rencontre a fini par avoir lieu le 9 septembre 1996. C'est alors que l'appelante a appris, pour la première fois, l'existence de ce « signalement » effectué depuis longtemps. L'appelante a réagi en fournissant le manuel pertinent au SPE le lendemain. Le SPE a immédiatement constaté que l'annexe A était un extrait de ce manuel et n'avait rien

September 13, 1996, CPS sent the following acknowledgment:

Dear Ms. Young:

As per your request, this is to confirm that the Department of Social Services was made aware of information which it was advised related to you and we felt required further clarification. When explored it was immediately clear that the information did not relate to you. Rather, the information provided was an excerpt from a book.

Thank you for your understanding and complete cooperation in this process. [Emphasis added.]

No explanation was offered as to why it had taken CPS more than two years to "investigate" a matter which, on being looked into, was shown to be completely baseless within 24 hours.

The University and its staff, however, refused to apologize, suggesting that because of the missing footnote, the appellant was the author of her own misfortune.

Concerns about whether the appellant was safe to hire continued to dog her in the years that followed. Evidence of her difficulty in finding work and attempts to mitigate it were put before the jury. As late as January 2001, seven years after the baseless report, the witness Andrew Caddigan told the jury that the appellant's application for a temporary job was openly questioned in his presence by others in the field on the mistaken belief that the appellant was "red-flagged" as a potential child abuser as a result of Dr. Rowe's "report".

III. The Legal Proceedings

The appellant's trial was heard before a civil jury. Counsel for the University made essentially the same submissions on the facts at trial as he made before us. He obtained a ruling from the trial judge that as a matter of law the words in Dr. Rowe's letter to CPS were not capable of being defamatory. The remaining claim, in negligence, proceeded.

d'autobiographique. Dans une lettre en date du 13 septembre 1996, le SPE a envoyé l'accusé de réception suivant :

[TRADUCTION] Madame Young,

À votre demande, la présente est pour confirmer que le département de service social a pris connaissance de renseignements qui, lui avait-on dit, vous concernaient et qui exigeaient à notre avis des explications. L'examen de ces renseignements a permis de constater immédiatement qu'ils ne vous concernaient pas. Ces renseignements étaient plutôt tirés d'un manuel.

Merci de votre compréhension et de votre entière collaboration à cet égard. [Nous soulignons.]

Rien n'a été fait pour expliquer pourquoi le SPE avait attendu plus de deux ans avant d'« enquêter » sur un dossier qui a été jugé complètement dépourvu de fondement dans les 24 heures de son examen.

19 L'Université et son personnel ont toutefois refusé de s'excuser, affirmant que l'appelante avait été l'artisan de son malheur en omettant d'inscrire la note en bas de page.

20 Au cours des années qui ont suivi, l'appelante a continué d'être la source d'inquiétudes quant à savoir si elle pourrait être embauchée sans risque. La preuve de sa difficulté à trouver un emploi et de ses tentatives de l'aplanir a été présentée au jury. Même en janvier 2001, sept ans après le signalement non fondé, le témoin Andrew Caddigan a dit au jury que d'autres gens du milieu avaient ouvertement exprimé des doutes, en sa présence, au sujet de la demande d'emploi temporaire présentée par l'appelante parce qu'ils croyaient à tort qu'elle était considérée comme un agresseur d'enfant potentiel à la suite du signalement effectué par M. Rowe.

III. Les procédures judiciaires

21 L'appelante a subi un procès civil devant jury. Les observations relatives aux faits que l'avocat de l'Université a présentées au procès sont essentiellement les mêmes qu'il a formulées devant nous. Il a obtenu du juge de première instance une décision selon laquelle les propos tenus par M. Rowe dans sa lettre au SPE ne pouvaient pas être diffamatoires

The jury found that Professor Bella and Dr. Rowe had breached the duty of care owed to the appellant as a student of the University both before and after reporting; that the report to CPS was made without reasonable cause; that the professors failed to meet the required standard of care; that the injury and loss the appellant suffered was a foreseeable consequence of their acts and omissions; and that the appellant had not contributed to her damages.

22 The jury heard medical and psychological evidence that the appellant had suffered anxiety, embarrassment, insomnia, paranoia and depression as a result of the allegations against her (both before and after the report) and their repercussions. It also received evidence of economic loss flowing from the University's termination of her hope of becoming a social worker. The jury went on to award damages as follows:

General non-pecuniary	$430,000
Past loss of income	$47,000
Future loss of income	$314,000
Past loss of sick leave	$13,000
Future loss of sick leave	$28,000
Cost of future care	$7,400
Total	$839,400

23 The Court of Appeal overturned the jury award, Roberts J.A. dissenting ((2004), 241 Nfld. & P.E.I.R. 35, 2004 NLCA 60). Writing for the majority, Welsh J.A. was of the view that s. 38(6) provided a complete defence to the entire claim. Roberts J.A., on the other hand, found no error by the trial judge, and concluded that there was ample evidence on which a jury, properly instructed, could reach the conclusions it did. Although strongly contested by the University, he thought the damages were not

sur le plan du droit. Restait donc à instruire l'action pour négligence. Le jury a conclu que la professeure Bella et M. Rowe avaient manqué, tant avant qu'après le signalement, à l'obligation de diligence qu'ils avaient envers l'appelante en tant qu'étudiante à l'Université, que le signalement avait été effectué auprès du SPE sans raison valable, que les professeurs n'avaient pas satisfait à la norme de diligence requise, que le préjudice et la perte subis par l'appelante étaient une conséquence prévisible de leurs actes et omissions, et que l'appelante n'avait pas contribué à ses dommages.

Le jury a entendu des témoignages de médecin et de psychologue selon lesquels l'appelante avait souffert d'anxiété, d'embarras, d'insomnie, de paranoïa et de dépression en raison des allégations formulées contre elle (à la fois avant et après le signalement) et de leurs répercussions. On lui a également présenté une preuve de la perte économique que l'appelante a subie après que l'Université eut mis fin à ses espoirs de devenir travailleuse sociale. Le jury a ensuite accordé les dommages-intérêts suivants :

Généraux non pécuniaires	430 000 $
Perte de revenus passée	47 000 $
Perte de revenus future	314 000 $
Perte de congés de maladie passée	13 000 $
Perte de congés de maladie future	28 000 $
Coût des soins futurs	7 400 $
Total	839 400 $

La Cour d'appel a écarté la décision du jury d'accorder des dommages-intérêts, le juge Roberts étant dissident ((2004), 241 Nfld. & P.E.I.R. 35, 2004 NLCA 60). S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge Welsh a estimé que le par. 38(6) offrait un moyen de défense suffisant pour contrer l'action au complet. Par contre, selon le juge Roberts, le juge de première instance n'avait commis aucune erreur et il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu

beyond the scope of what was reasonable, based on the evidence. Roberts J.A. would have dismissed the appeal and cross-appeal. Rowe J.A., while agreeing with Welsh J.A. that s. 38(6) of the *Child Welfare Act* shielded the University from liability relating to the report made to CPS, differed from Welsh J.A. on its scope. In his view, s. 38(6) provided no defence to Ms. Young's claim that the University, by its internal failures, had negligently and wrongfully denied her a career in social work. Concerns about what damages possibly flowed from these dealings led him to conclude that a new trial was necessary. The formal order of the Court of Appeal however simply allowed the appeal and dismissed the plaintiff's action, Roberts J.A. dissenting.

des directives appropriées, puisse conclure comme il l'avait fait. Malgré la vive opposition exprimée à ce sujet par l'Université, il était d'avis que, compte tenu de la preuve, les dommages-intérêts accordés ne dépassaient pas les limites de ce qui était raisonnable. Le juge Roberts aurait rejeté l'appel principal et l'appel incident. Tout en convenant avec le juge Welsh que le par. 38(6) de la *Child Welfare Act* exonérait l'Université de toute responsabilité liée au signalement effectué auprès du SPE, le juge Rowe ne partageait pas son avis quant à la portée de cette disposition. Selon lui, ce paragraphe ne pouvait être opposé comme moyen de défense à l'argument de M^me^ Young selon lequel l'Université, par ses manquements internes, avait agi de manière négligente et illicite en la privant d'une carrière en travail social. Des craintes que ces agissements aient causé un préjudice l'incitaient à conclure qu'un nouveau procès était nécessaire. Dans son ordonnance formelle, la Cour d'appel a simplement accueilli l'appel et rejeté l'action de la demanderesse, le juge Roberts étant dissident.

Ms. Young now appeals to this Court.

M^me^ Young se pourvoit maintenant devant notre Cour. 24

IV. Analysis

IV. Analyse

The issues raised in the appeal fall under the following main headings:

Les questions soulevées en l'espèce peuvent être réparties dans les trois principales catégories suivantes : 25

(1) The nature of the cause of action;

(2) The duty and protection accorded by s. 38 of the *Child Welfare Act*; and

(3) Whether the law and evidence support the jury's award of damages.

(1) La nature de la cause d'action;

(2) l'obligation et la protection prévues à l'art. 38 de la *Child Welfare Act*;

(3) la question de savoir si le droit et la preuve étayent les dommages-intérêts accordés par le jury.

In approaching these questions, we must bear in mind the principle that appellate courts should not overturn the verdict of a jury unless it is one that no reasonable jury, properly instructed, could reach: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25.

En examinant ces questions, nous devons nous rappeler du principe selon lequel les cours d'appel ne doivent écarter le verdict d'un jury que s'il s'agit d'un verdict qui n'aurait pas pu être rendu par un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25. 26

A. *The Nature of the Cause of Action*

27 The jury was asked whether Leslie Bella or William Rowe, by their acts or omissions, had breached the duty of care they owed to the appellant. This is the classic formulation of the cause of action in negligence. It is premised on a relationship between the plaintiff and the defendant, which in turn gives rise to a duty of care on the defendant toward the plaintiff. Breach of the standard of care imposed by that duty creates legal liability for damages caused by the breach. There was evidence before the jury capable of establishing all the elements of the tort of negligence.

(1) Existence of a Duty of Care

28 The Court recently affirmed in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79, at para. 24, and *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, at para. 46, that the "duty" analysis proceeds in two stages:

(a) Is there a sufficiently close relationship of proximity between the parties such that, in the reasonable contemplation of the defendant, carelessness on its part might cause damage to the plaintiff?

(b) If so, are there any considerations which ought to negative or limit: (a) the scope of the duty; (b) the class of persons to whom it is owed; or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

29 The respondents assert that the duty of care in this case is negated for policy reasons under the second branch of the test. They argue that s. 38 of the *Child Welfare Act* establishes the policy that in the interests of protecting children, people should be encouraged to report suspicions of child abuse, free from fear of reprisal. The duty imposed by s. 38(1), they argue, should as a matter of policy negate any duty of care which might otherwise arise at common law.

A. *La nature de la cause d'action*

On a demandé au jury de décider si, par leurs actes ou omissions, Leslie Bella ou William Rowe avaient manqué à leur obligation de diligence envers l'appelante. C'est là la formulation classique de la cause d'action fondée sur la négligence. Elle repose sur l'existence d'un lien entre le demandeur et le défendeur, lequel lien engendre à son tour une obligation de diligence du défendeur envers le demandeur. La violation de la norme de diligence prescrite par cette obligation engage la responsabilité juridique pour le préjudice résultant de cette violation. La preuve présentée au jury permettait d'établir l'existence de tous les éléments du délit de négligence.

(1) L'existence d'une obligation de diligence

Dans les arrêts *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, par. 24, et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, par. 46, la Cour a récemment confirmé que l'analyse de cette « obligation » comporte deux étapes :

a) Existe-t-il entre les parties un lien de proximité suffisamment étroit pour que le défendeur ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer un préjudice au demandeur?

b) Dans l'affirmative, existe-t-il des facteurs qui devraient annuler ou restreindre a) la portée de l'obligation, b) la catégorie de personnes qui en bénéficient, ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Les intimés affirment qu'en l'espèce l'obligation de diligence est annulée pour des raisons de politique générale conformément au second volet du critère. Ils font valoir que l'art. 38 de la *Child Welfare Act* établit la politique générale selon laquelle la protection des enfants commande d'inciter les gens qui soupçonnent l'existence de violence envers un enfant à signaler cette situation sans crainte de représailles. L'obligation imposée par le par. 38(1), soutiennent-ils, devrait, pour des raisons de politique générale, annuler toute obligation de diligence qui pourrait par ailleurs prendre naissance en common law.

We discuss the Act in greater detail below. At this point, however, it suffices to note that the respondents' argument overlooks the fact that the appellant's claim in negligence was a broad one, encompassing not only the report made to CPS, but the University's dealings with the appellant generally. Paragraph 15(a) of her Amended Statement of Claim reads:

The Plaintiff states that the actions of Dr. Bella, Dr. Rowe and other officials at Memorial University of Newfoundland combined to put in motion a series of events that would forever shape the course of the Plaintiff's future by affecting her reputation in the community, her ability to complete her education and by reducing her income-earning capacity.

In support of this broader claim the appellant led evidence of failure to mentor, failure to properly advise her on her future and negligent publication within the faculty, through means other than the report to CPS, of the suggestion that the appellant may have abused children.

In short, in the present case, proximity was not simply grounded in a misguided report to CPS, but was rooted in the broader relationship between the professors at Memorial University and their students. The appellant, even as a "distant" student, was a fee-paying member of the university community, and this fact created mutual rights and responsibilities. The relationship between the appellant and the University had a contractual foundation, giving rise to duties that sound in both contract and tort: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

Whether or not a duty of care will be negatived where the parties are strangers linked only by the events surrounding a "report" is a question that should only be decided when it arises. Assuming that the policy expressed in the Act could countermand potential liability for a negligent report in such circumstances, as discussed below, it does

Nous examinerons la Loi en détail plus loin. Toutefois, il suffit de souligner, pour l'instant, que l'argument des intimés ne tient pas compte du fait que l'action de l'appelante fondée sur la négligence a une portée générale et vise non seulement le signalement effectué auprès du SPE, mais aussi la manière dont l'Université s'est généralement comportée avec l'appelante. Le paragraphe 15a) de sa déclaration modifiée se lit ainsi : 30

[TRADUCTION] La demanderesse déclare que les actes de M^me^ Bella, de M. Rowe et d'autres dirigeants de l'Université Memorial de Terre-Neuve ont déclenché ensemble une suite d'événements qui a irrémédiablement façonné l'avenir de l'appelante en portant atteinte à sa réputation au sein de la collectivité et à sa capacité de terminer ses études, et en diminuant ainsi sa capacité de gagner un revenu.

À l'appui de cette action de portée générale, l'appelante a présenté des éléments de preuve établissant l'omission de l'encadrer et de la conseiller judicieusement au sujet de son avenir, ainsi que la diffusion négligente dans la faculté, par des moyens autres que le signalement effectué auprès du SPE, de l'idée que l'appelante pourrait avoir agressé des enfants.

Bref, en l'espèce, la proximité découlait non pas simplement d'un malencontreux signalement effectué auprès du SPE, mais du lien général qui existait entre les professeurs de l'Université Memorial et leurs étudiants. Même si elle étudiait « à distance », l'appelante était un membre de la communauté universitaire qui payait des frais de scolarité, ce qui avait pour effet de générer des droits et responsabilités mutuels. Le lien entre l'appelante et l'Université avait un fondement contractuel, ce qui donnait naissance à des obligations de nature à la fois contractuelle et délictuelle : *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. 31

La question de savoir si une obligation de diligence sera annulée dans le cas où les parties sont des étrangers qui n'ont entre eux d'autre lien que les événements entourant un « signalement » ne devrait être tranchée que lorsqu'elle se posera. À supposer que la politique générale exprimée dans la Loi puisse, dans un tel cas, annuler la 32

not provide any policy reason to negative liability that would otherwise arise on the facts of this case. The scope of the s. 38(6) defence is restricted to the making of the CPS report and would not excuse the University and its employees from failure to live up to their broader responsibilities to the appellant as a member of the university community. The facts in this case do not trigger the protection of the Act because, quite simply, the respondent Dr. Rowe acted on nothing more than speculation and conjecture in making his report which, as Director of the School of Social Work, he must have known would have serious consequences within the small community of social workers in Newfoundland, including the likely posting of the appellant's name on the provincial Child Abuse Registry.

(2) The Standard of Care

33 The standard of care that ought to be exercised by professors towards their students was emphasized in the testimony of Dr. Wayne Ludlow who, during the relevant 1994-1996 period, was the Dean of Student Affairs at Memorial University. Dr. Ludlow testified:

> The relationship between the professor and the student is a special relationship . . . [I]t is an imbalanced relationship because professor is all knowing, and I can see now the fear and trembling of the young first-year students when they went to classes, someone in a flowing black robe. So the power balance was evident . . . .

34 Those whose professional responsibilities include the exercise of such power over the careers and future lives of fee-paying students are required to take the necessary care to get their facts straight before taking a potential career-ending action in relation to a student. While legislative and judicial policy mandates the quick reporting of information of suspected child abuse, it does not do so to the exclusion of consideration of the legitimate interests of the person named in the report, or the interests of informants. This is not at all to say that the respondents were obliged to conduct their own

responsabilité susceptible de résulter d'un signalement négligent, comme nous le verrons plus loin, cette politique ne justifie aucunement d'annuler la responsabilité qui serait par ailleurs engagée d'après les faits de la présente affaire. Le moyen de défense prévu au par. 38(6) ne s'applique qu'au signalement effectué auprès du SPE et n'excuserait pas l'Université et ses employés d'avoir omis de s'acquitter de leurs responsabilités générales envers l'appelante en tant que membre de la communauté universitaire. Les faits de la présente affaire ne déclenchent pas la protection de la Loi tout simplement parce que l'intimé M. Rowe n'a agi que sur la foi de suppositions et d'hypothèses en effectuant son signalement qui, devait-il le savoir en tant que directeur de l'École de service social, aurait de graves conséquences dans le milieu restreint des travailleurs sociaux de Terre-Neuve, dont l'inscription probable du nom de l'appelante au registre provincial de l'enfance maltraitée.

(2) La norme de diligence

Dans son témoignage, M. Wayne Ludlow, qui était directeur des Affaires étudiantes de l'Université Memorial pendant la période pertinente de 1994 à 1996, a attiré l'attention sur la norme de diligence que les professeurs devraient respecter à l'égard de leurs étudiants. Voici ce qu'a dit M. Ludlow :

> [TRADUCTION] La relation entre le professeur et l'étudiant est particulière. [. . .] [Elle] est inégale du fait que le professeur connaît tout, et je peux alors imaginer le sentiment de frayeur que cette personne drapée d'une toge suscitait chez les jeunes étudiants de première année qui se rendaient à leurs cours. Le rapport de force était donc évident . . .

Les personnes dont les responsabilités professionnelles comportent l'exercice d'un tel pouvoir sur les carrières et l'avenir des étudiants qui paient des frais de scolarité sont tenues de prendre les précautions requises pour s'assurer de l'exactitude des faits avant de prendre des mesures susceptibles de mettre fin à la carrière d'un étudiant. Bien qu'elle exige de communiquer promptement les renseignements concernant un cas de violence soupçonnée envers un enfant, la politique législative et judiciaire n'exclut pas pour autant la prise en considération de l'intérêt légitime de la personne signalée ou

investigation of the suspected abuse. Informants are *not* required to have reasonable cause to believe abuse has in fact occurred before making a report. They are, however, obliged to have *reasonable cause to make a report to CPS*, i.e. to possess information that CPS reasonably ought to be asked to look into, even if it turns out to be misinformation. It is the absence of reasonable cause *even to make a report* that lies at the heart of the appellant's allegation of negligence.

de celui des dénonciateurs. Cela ne signifie aucunement que les intimés devaient mener leur propre enquête sur le cas de violence soupçonnée. Les dénonciateurs *ne* sont *pas* tenus d'avoir une raison valable de croire qu'une agression a vraiment eu lieu avant d'effectuer un signalement. Ils doivent toutefois avoir *une raison valable d'effectuer un signalement auprès du SPE* : en d'autres termes, ils doivent posséder des renseignements qui peuvent raisonnablement justifier une demande d'enquête au SPE, même si ces renseignements s'avèrent inexacts. C'est l'absence de raison valable *même d'effectuer un signalement* qui est au cœur de l'allégation de négligence de l'appelante.

(3) Breach of the Duty

(3) Manquement à l'obligation

There was evidence that the University had breached these duties through the negligence of its employees. The task of the reviewing court is not to agree or disagree with the jury's conclusions, but just to satisfy itself that there was evidence on which the jury, properly instructed, could reasonably conclude as it did. The issue for the jury was the failure of her professors even to *seek* from the appellant an explanation of a missing footnote before embarking on a course of action fraught with danger for her hoped-for-career.

35 Il a été établi que l'Université avait manqué à ces obligations en raison de la négligence de ses employés. Le rôle de la cour de révision consiste non pas à souscrire aux conclusions du jury ou de les rejeter, mais simplement à s'assurer qu'il existait une preuve sur laquelle le jury, ayant reçu des directives appropriées, pouvait raisonnablement se fonder pour conclure comme il l'a fait. La question que le jury devait examiner était l'omission des professeurs de l'appelante même de lui *demander* d'expliquer l'absence d'une note en bas de page avant d'adopter une ligne de conduite grandement susceptible de compromettre la carrière à laquelle elle aspirait.

As might be expected, the recollections of events of the various participants differed. There was no suggestion that any of the respondents had acted in bad faith.

36 Comme on pouvait s'y attendre, les divers participants n'avaient pas le même souvenir des faits. Personne n'a laissé entendre que l'un ou l'autre des intimés avait agi de mauvaise foi.

The jury clearly concluded that Professor Bella should have done what both Professor Dempster and officials at CPS recommended, namely check out the "footnote issue" with the appellant before proceeding on a course of action, in concert with Dr. Rowe, based on nothing more than speculation. Professor Karen Mitchell (who, as sessional lecturer, also taught the appellant) told the jury it was not uncommon for students to make errors in footnoting. Professor Dempster testified that in Professor Bella's position, in writing to the

37 Le jury a clairement conclu que la professeure Bella aurait dû suivre la recommandation de la professeure Dempster et des agents du SPE, c'est-à-dire aborder avec l'appelante le « problème de la note en bas de page » avant d'adopter, de concert avec M. Rowe, une ligne de conduite fondée sur rien de plus qu'une supposition. La professeure Karen Mitchell (chargée de cours à temps partiel qui a également enseigné à l'appelante) a dit au jury qu'il n'était pas inhabituel que les étudiants commettent des erreurs relatives aux notes en bas

appellant, she "would have made reference to appendix A, a clear reference".

38 Looking at the broader duty, the jury heard that Professor Dempster told the appellant, in effect, that she was unfit to be a social worker. The jury must have concluded that Professor Dempster knew of Professor Bella's speculation that Appendix A was autobiographical, but failed to check the facts before delivering a judgment on the appellant's career prospects.

39 The jury heard from the University's Dean of Student Affairs, Dr. Wayne Ludlow, that

> professors are mentors, that part of their whole philosophy for what they teach and what they espouse is to be able to allow young people to avail of their expertise and to learn and grow. [A.R., at p. 413]

40 The jury heard evidence that Dr. Rowe's report of speculation to CPS was itself negligent. Dr. Rowe, without looking at the term paper, assured CPS in his letter that the case study had been attached "without explanation". At trial, when confronted with the term paper itself, which clearly indicated the relevance of the case study, he retreated to the view that "it didn't seem like much of an explanation" (emphasis added). However, Elizabeth Crawford, the Director of CPS, testified that had she been given the full term paper she would have understood the context and looked at the situation differently. Paula Burt, the CPS official to whom Dr. Rowe sent the May 25 report, testified that when she eventually saw the term paper the Appendix seemed to her to have "some relevance" to the appellant's topic.

41 At trial, Dr. Rowe testified that he was reluctant to send the term paper to CPS because it might infringe the appellant's intellectual property rights but the jury appeared to conclude that it was unlikely someone reported for suspected sexual

de page. La professeure Dempster a témoigné que, si elle avait été à la place de la professeure Bella, elle [TRADUCTION] « aurait mentionné, clairement mentionné, l'annexe A » en écrivant à l'appelante.

Quant à l'obligation générale, le jury a appris qu'en fait la professeure Dempster avait dit à l'appelante qu'elle était inapte au travail social. Le jury doit avoir conclu que la professeure Dempster était au courant de la supposition de la professeure Bella que l'annexe A était autobiographique, mais n'avait pas vérifié les faits avant de se prononcer sur les perspectives de carrière de l'appelante.

Le jury a appris de M. Wayne Ludlow, directeur des Affaires étudiantes de l'Université, que

> [TRADUCTION] les professeurs jouent un rôle de mentor, que la philosophie globale de leur enseignement et des idées qu'ils préconisent est notamment de permettre aux jeunes de profiter de leur expertise, d'apprendre et de s'épanouir. [d.a., p. 413]

Le jury a entendu des témoignages selon lesquels le signalement de la supposition que M. Rowe a effectué auprès du SPE était négligent en soi. Sans même avoir examiné le travail, M. Rowe a, dans sa lettre, affirmé au SPE que l'étude de cas avait été jointe [TRADUCTION] « sans explication ». Au procès, lorsqu'on lui a présenté le travail même, qui indiquait clairement la pertinence de l'étude de cas, il s'est contenté de dire que « ce ne semblait pas terrible comme explication » (nous soulignons). Toutefois, Elizabeth Crawford, directrice du SPE, a témoigné que, si on lui avait remis le travail au complet, elle aurait saisi le contexte et perçu différemment la situation. Paula Burt, l'agente du SPE à qui M. Rowe a effectué le signalement du 25 mai, a témoigné que, lorsqu'elle avait fini par voir le travail, l'annexe lui avait semblé comporter un [TRADUCTION] « certain rapport » avec le sujet traité par l'appelante.

Lors du procès, M. Rowe a témoigné qu'il avait hésité à envoyer le travail au SPE à cause du risque d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle de l'appelante, mais le jury a paru conclure qu'il était peu probable qu'une personne signalée comme

abuse would take a copyright objection to the handing over of exculpatory material that would show the suspicion to be unfounded.

Dr. Rowe also took the view that it was up to CPS, not him, to determine whether an investigation was appropriate, but the jury must have concluded that he failed to provide CPS with the proper information (e.g., the term paper as well as the Appendix) on which such an informed decision could properly be made. It appears the jury concluded that Dr. Rowe must have known that simply making a report would have serious consequences, especially for someone in the appellant's position, and in particular that a report by a prominent individual such as the Director of the School of Social Work would likely cause the appellant's name to be placed on the Child Abuse Registry.

It was open to the jury to accept the respondents' evidence if it found the professors to be persuasive, but it was equally open to the jury to conclude that the professors' behaviour fell markedly short of the standard of care professors should exercise towards their students. It was for the jury to make that determination. The jury concluded that the University and its employees did not do so and there is no basis for an appellate court to intervene with the jury's findings in that respect.

B. *The Duty and Protection under Section 38 of the Child Welfare Act*

The University and its employees argue that if they owed a duty of care to the appellant, this was negated by s. 38(6) of the *Child Welfare Act*. In their view, s. 38(6) bars any cause of action on the facts of this case. Section 38 provided:

38. (1) Where a person has information that a child has been, is or may be in danger of abandonment, desertion, neglect, physical, sexual or emotional ill-treatment or has been, is or may be otherwise in need of

étant soupçonnée d'agression sexuelle invoque le droit d'auteur pour s'opposer à la remise d'un document disculpatoire qui démontrerait que les soupçons ne sont pas fondés.

42 M. Rowe s'est dit également d'avis qu'il appartenait au SPE, plutôt qu'à lui, de déterminer si une enquête s'imposait, mais le jury doit avoir conclu que celui-ci n'avait pas fourni au SPE les renseignements (comme, par exemple, le travail ainsi que l'annexe) qui lui aurait permis de prendre une décision éclairée à cet égard. Il appert que le jury a conclu que M. Rowe devait savoir que le seul fait d'effectuer un signalement aurait de graves conséquences, surtout pour quelqu'un comme l'appelante, et, en particulier, qu'un signalement par une personne en vue comme le directeur de l'École de service social entraînerait probablement l'inscription du nom de l'appelante au registre de l'enfance maltraitée.

43 Le jury pouvait accepter le témoignage des intimés s'il jugeait les professeurs convaincants, mais il lui était également loisible de conclure que le comportement des professeurs dérogeait sensiblement à la norme de diligence qu'ils sont tenus de respecter à l'égard de leurs étudiants. Il appartenait au jury de prendre une décision à cet égard. Le jury a conclu que l'Université et ses employés n'avaient pas respecté cette norme, et rien ne justifie une cour d'appel de modifier les conclusions du jury à cet égard.

B. *L'obligation et la protection prévues à l'art. 38 de la Child Welfare Act*

44 L'Université et ses employés prétendent que, s'ils avaient une obligation de diligence envers l'appelante, cette obligation était annulée par le par. 38(6) de la *Child Welfare Act*. À leur avis, le par. 38(6) exclut toute cause d'action selon les faits de la présente affaire. L'article 38 se lisait ainsi :

[TRADUCTION]

38. (1) La personne qui possède des renseignements indiquant qu'un enfant a été, est ou risque d'être victime d'abandon, de délaissement, de négligence, de mauvais traitements physiques, sexuels ou affectifs, ou qu'il a ou

protection, the person shall immediately report the matter to the director, a social worker or a peace officer.

. . .

(6) This section applies notwithstanding that the information is confidential or privileged, and an action does not lie against the informant unless the making of the report is done maliciously or without reasonable cause.

45 The appellant argues that even if s. 38(6) applied, it would not furnish a complete defence, since her claim goes beyond the mere reporting of suspected abuse as required by the Act. The respondents contend that this broader context makes no difference. So strong is the policy of the Act that it overrides all other considerations.

46 The respondents' argument was accepted in the majority judgment of the Newfoundland Court of Appeal. Welsh J.A., speaking for herself and Rowe J.A., declined to interpret as disjunctive the test "unless the making of the report is done maliciously or without reasonable cause". In her view the phrase "without reasonable cause", while ambiguous, means in context "the absence of good faith" (para. 44). In other words s. 38(6), as interpreted, should read "maliciously or in the absence of good faith". In the result she found, "a report made in good faith, even if negligently made, is protected by subsection (6), precluding legal action against the reporter" (para. 53).

47 In our view, such an interpretation does not give effect to the legislator's specification of both a subjective element ("maliciously") and an objective element ("reasonable cause") to determine whether the report of "information" is to be protected from all legal consequences. The respondents and the intervener say that anything potentially relevant to child abuse that comes from an external source (i.e. eliminating only the product of the reporter's unaided imagination) should be reported. However,

peut avoir par ailleurs besoin de protection, est tenue de signaler sans délai la situation au directeur, à un travailleur social ou à un agent de la paix.

. . .

(6) Le présent article s'applique malgré le caractère confidentiel ou privilégié des renseignements, et nulle action ne peut être intentée contre le dénonciateur sauf si le signalement est effectué de façon malveillante ou sans raison valable.

L'appelante fait valoir que, même si le par. 38(6) s'appliquait, il n'offrirait pas un moyen de défense suffisant vu que son action vise davantage que le simple signalement du cas de violence soupçonnée, requis par la Loi. Les intimés prétendent que ce contexte général est sans importance. La politique de la Loi est si ferme qu'elle l'emporte sur tous les autres facteurs.

L'argument des intimés a été retenu dans le jugement majoritaire de la Cour d'appel de Terre-Neuve. La juge Welsh, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Rowe, a refusé de considérer disjonctif le critère [TRADUCTION] « sauf si le signalement est effectué de façon malveillante ou sans raison valable ». À son avis, l'expression « sans raison valable », bien qu'ambiguë, signifie dans ce contexte « l'absence de bonne foi » (par. 44). Autrement dit, selon cette interprétation, le par. 38(6) devrait se lire : « de façon malveillante ou en l'absence de bonne foi ». En définitive, la juge Welsh a conclu qu'[TRADUCTION] « un signalement effectué de bonne foi, même de manière négligente, est protégé par le par. (6), de sorte que le dénonciateur ne peut pas faire l'objet de poursuites judiciaires » (par. 53).

À notre avis, une telle interprétation ne tient pas compte du fait que le législateur établit à la fois un critère subjectif (« de façon malveillante ») et un critère objectif (« raison valable ») pour déterminer si la communication de « renseignements » doit être à l'abri de toute conséquence juridique. Les intimés et l'intervenante affirment qu'il y a lieu de signaler tout ce qui peut se rapporter à la violence envers un enfant et qui émane d'une source extérieure (c'est-à-dire d'éliminer seulement le fruit de

to construe s. 38(6) so broadly reads the words "reasonable cause" out of the section and fundamentally changes the legislative scheme.

We agree with Welsh J.A. that the duty to report "information" imposed by s. 38(1) and the protection against suits accorded by s. 38(6) are coextensive and must be read together. The legislature cannot have intended to impose a duty to report and leave the informant exposed to legal liability for complying with the statutory duty.

We also agree with Welsh J.A. that the duty to report under s. 38(1) should not be narrowly construed. The language of the section suggests as much. Information that a child "may be" in danger or in need of protection suffices to trigger the obligation. Moreover, the obligation is to report "immediately". This language suggests that there is no duty to investigate the information (where information exists) to ensure that it is accurate before reporting. The Act distinguishes between the stage of receiving information suggesting danger or need of protection, which is for the informant, and investigating the truthfulness of the information, which is for CPS. A broad duty to report information of possible abuse is consistent with the Act's goal of protecting children.

Where we disagree with Welsh J.A., however, is in our view that her interpretation of s. 38 evinces too little concern for third parties who may be adversely affected by irresponsible reports. Here Dr. Rowe had no data that, interpreted by a reasonable person, would suggest that a child has been, was, or may be in need of protection from Wanda Young. Foreseeable consequences such as placement on the Child Abuse Registry are serious matters. While the primary objective of the Act is to

l'imagination spontanée du dénonciateur). Toutefois, une interprétation aussi large du par. 38(6) fait abstraction de l'expression [TRADUCTION] « raison valable » qu'il comporte et modifie fondamentalement le régime législatif.

48 Nous convenons avec la juge Welsh que l'obligation de communiquer des « renseignements » imposée par le par. 38(1) et la protection contre les poursuites offerte par le par. 38(6) ont la même portée et doivent être interprétées ensemble. Le législateur ne peut pas avoir voulu imposer une obligation de signalement et laisser le dénonciateur courir le risque de voir sa responsabilité juridique engagée parce qu'il s'est conformé à cette obligation légale.

49 Nous convenons également avec la juge Welsh que l'obligation de signalement prévue au par. 38(1) ne devrait pas être interprétée de façon restrictive. C'est ce qui se dégage du texte même de la disposition. Les renseignements indiquant qu'un enfant est en situation de « risque » ou peut avoir besoin de protection suffisent pour donner naissance à l'obligation. En outre, il y a obligation de signaler « sans délai ». Cette formulation laisse entendre qu'il n'y a aucune obligation de vérifier les renseignements (si renseignements il y a) pour en assurer l'exactitude avant de les communiquer. La Loi établit une distinction entre l'étape de la réception de renseignements indiquant l'existence d'une situation de risque ou d'un besoin de protection — qui concerne le dénonciateur — et celle de l'examen de la véracité des renseignements — qui concerne le SPE. Une obligation générale de communiquer des renseignements indiquant une possibilité de mauvais traitements est compatible avec l'objectif de protection des enfants visé par la Loi.

50 Toutefois, notre désaccord avec la juge Welsh réside dans le fait que nous estimons que son interprétation de l'art. 38 témoigne de trop peu d'inquiétude pour les tiers auxquels les signalements irresponsables peuvent porter préjudice. En l'espèce, M. Rowe ne disposait d'aucune donnée qui, selon une personne raisonnable, indiquerait qu'un enfant avait ou pouvait avoir besoin d'être protégé contre Wanda Young. Les conséquences prévisibles, telle l'inscription au registre de l'enfance

protect children, it seeks to do so in a way that also takes into account the interests of the persons under suspicion and the interests of informants. The interest of the person suspected of abuse is protected by the inclusion of an objective "reasonable cause" standard in s. 38(6). These two components must be read together and the words used — "information" and "reasonable cause" — must together be given a purposive interpretation. "Information" in s. 38(1) is the partner of "reasonable cause" in s. 38(6). "Reasonable cause" does not mean reasonable grounds to believe that abuse has occurred, or is occurring, or will occur (which in certain legal contexts implies belief in the truthfulness of the information). Section 38(6) sets a lower threshold. The informant need only have "reasonable cause" to ask CPS to consider looking into the matter.

maltraitée, sont graves. Bien qu'elle ait pour objectif premier de protéger les enfants, la Loi tente de le faire d'une manière qui tient également compte de l'intérêt des personnes soupçonnées et de celui des dénonciateurs. L'intérêt de la personne soupçonnée d'actes de violence est protégé par l'inclusion du critère objectif de la « raison valable » au par. 38(6). Les deux éléments doivent être interprétés ensemble et les mots utilisés — « renseignements » et « raison valable » — doivent être interprétés ensemble de manière téléologique. Les « renseignements » visés au par. 38(1) vont de pair avec la « raison valable » mentionnée au par. 38(6). L'expression « raison valable » ne signifie pas avoir des motifs raisonnables de croire que des agressions ont été, sont ou seront commises (ce qui, dans certains contextes juridiques, laisse entendre que l'on tient pour véridiques les renseignements). Le paragraphe 38(6) établit un critère moins strict. Le dénonciateur doit seulement avoir une « raison valable » de demander au SPE d'envisager l'examen de l'affaire.

51 Section 38(6) offers no protection to the respondents here because, however it is viewed, the case study contained in Appendix A to the appellant's paper was not information that a child was in danger or in need of protection from Wanda Young. So far as the respondents are concerned, its date and authorship were simply unknown (and not asked about). There was nothing that tied the experiences it related to the appellant. If there was a "cry for help", there was nothing to indicate it originated with the appellant. The respondents' problem is that the jury, having heard conflicting versions of events, apparently concluded that the professors acted on speculation arising from their failure to properly consider the material before them. Had Professor Bella or Dr. Rowe come into possession of information that related to the appellant in a relevant way, their duty would have been to report immediately, without investigating its truth. In this case, they had no such information.

Le paragraphe 38(6) n'offre aucune protection aux intimés en l'espèce parce que, quelle que soit la façon de l'envisager, l'étude de cas figurant à l'annexe A du travail rédigé par l'appelante ne constituait pas un renseignement indiquant qu'un enfant était en situation de risque ou avait besoin d'être protégé contre Wanda Young. Quant aux intimés, ils ne connaissaient ni la date ni l'auteur de l'étude de cas (et n'avaient posé aucune question à ce sujet). Rien ne liait l'appelante aux expériences relatées. S'il y avait « appel à l'aide », rien n'indiquait qu'il provenait de l'appelante. Le problème des intimés est que le jury, qui a entendu les versions contradictoires des faits, aurait apparemment conclu que les professeurs avaient agi sur la foi de suppositions résultant de leur omission d'examiner dûment le document dont ils disposaient. Si la professeure Bella ou M. Rowe étaient entrés en possession de renseignements ayant un lien utile avec l'appelante, ils auraient été tenus d'effectuer un signalement sans délai, sans examiner la véracité de ces renseignements. En l'espèce, ils ne disposaient d'aucun renseignement de cette nature.

C. *Whether the Law and the Evidence Support the Jury's Award of Damages*

A number of issues arise relating to damages.

(1) Proof of Damages

The appellant called Cara Brown as an expert on damages. She laid out the calculations for four different "scenarios", the choice of which would depend on the version of the facts eventually accepted as correct by the jury. The respondents called no counter evidence to refute the calculations, although in his jury address their counsel urged the jury not to accept the factual assumptions that gave rise to the various calculations:

Don't judge damages on the fuss that's being made here, or the length of the trial, or the number of witnesses. It's very easy to claim huge losses, and it's very easy to make a mountain out of a mole-hill.

There were many contingencies built into the damage calculations, all of which were laid out before the jury by the contending parties. The jury chose to resolve those contingencies in favour of the appellant. It was within their province, as the triers of fact, to do so.

The respondents, however, also take an objection in law to the award. Starting from the fact, as stated, that the defamation issue was withdrawn from the jury by the trial judge because in his view the wording of Dr. Rowe's letter dated May 25, 1994 to CPS was not capable of giving rise to a defamatory meaning, they argue that the appellant's claim is really an action for defamation, dressed up as a negligence action. They say that her action is essentially for loss of reputation, and that damages for loss of reputation can only be claimed in a defamation action to which the issues of malice and qualified privilege are relevant. They say resort to negligence law interfered with the exercise of their freedom of expression of an opinion to CPS.

C. *La question de savoir si le droit et la preuve étayent les dommages-intérêts accordés par le jury*

Un certain nombre de questions se posent relativement aux dommages-intérêts. 52

(1) Preuve du préjudice

L'appelante a fait témoigner Cara Brown, à titre d'experte en matière de dommages-intérêts. Cette dernière a présenté des calculs relatifs à quatre « scénarios » différents, dont le choix dépendrait de la version des faits que le jury tiendrait ultérieurement pour exacte. Les intimés n'ont assigné personne à témoigner pour réfuter les calculs, bien qu'en s'adressant au jury leur avocat l'ait invité à rejeter les présomptions de fait sur lesquelles reposaient les différents calculs : 53

[TRADUCTION] Ne vous en remettez pas à toutes ces histoires qui vous sont maintenant présentées, ni à la longueur du procès, ni au nombre de témoins pour évaluer les dommages-intérêts. Il est très facile de réclamer des pertes énormes et de se faire une montagne d'un rien.

De nombreuses éventualités étaient incorporées dans les calculs des dommages-intérêts, lesquelles ont toutes été exposées au jury par les parties opposées. Le jury a opté pour les éventualités favorables à l'appelante. Il pouvait le faire en sa qualité de juge des faits. 54

Toutefois, les intimés soulèvent également une objection juridique aux dommages-intérêts accordés. Compte tenu du fait, comme nous l'avons vu, que le juge de première instance n'a pas soumis au jury la question de la diffamation parce qu'il était d'avis qu'un sens diffamatoire ne pouvait pas être dégagé du texte de la lettre du 25 mai 1994 que M. Rowe avait envoyée au SPE, ils prétendent que l'action fondée sur la négligence intentée par l'appelante est en réalité une action pour diffamation. Ils affirment qu'il s'agit essentiellement d'une action pour perte de réputation et que des dommages-intérêts pour perte de réputation ne peuvent être réclamés que dans le cadre d'une action pour diffamation où les questions de malveillance et 55

Negligence principles, they assert, do not strike the proper balance between free expression and the duty not to harm others.

56 We cannot accept the respondents' argument. The possibility of suing in defamation does not negate the availability of a cause of action in negligence where the necessary elements are made out. Freedom of expression and the policies underlying qualified privilege can be taken into account in determining the appropriate standard of care in negligence. Counsel for the University referred to a number of cases in support of the assertion that this action lies only in defamation: see, e.g., *Fulton v. Globe and Mail* (1996), 194 A.R. 254 (Q.B. (Master)), aff'd (1997), 53 Alta. L.R. (3d) 212 (Q.B.), and *Elliott v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 16 O.R. (3d) 677 (Gen. Div.), aff'd (1995), 25 O.R. (3d) 302 (C.A.). In fact, these were cases where the defendants' actions alleged to have caused the plaintiffs' loss of reputation fell entirely within the law of defamation and the basic elements of a negligence action, such as a duty of care owed to the plaintiffs, had not been established. There is no reason in principle why negligence actions should not be allowed to proceed where (a) proximity and foreseeability have been established, and (b) the damages cover more than just harm to the plaintiff's reputation (i.e. where there are further damages arising from the defendant's negligence): see *Spring v. Guardian Assurance plc*, [1994] 3 All E.R. 129 (H.L.). In fact, all of the cases cited by the respondents as standing for the proposition that defamation had "cornered the market" on reputation damages were cases in which (unlike here) there was no pre-existing relationship between the parties that gave rise to a duty of care.

d'immunité relative sont pertinentes. Selon les intimés, le recours au droit en matière de négligence compromettait l'exercice de leur liberté d'exprimer une opinion au SPE. Les principes en matière de négligence, prétendent-ils, ne permettent pas d'établir un juste équilibre entre la liberté d'expression et l'obligation d'éviter de nuire à autrui.

Nous ne pouvons retenir cet argument des intimés. La possibilité d'intenter une action pour diffamation n'empêche pas d'invoquer une cause d'action fondée sur la négligence lorsque les éléments nécessaires sont établis. La liberté d'expression et les principes qui sous-tendent l'immunité relative peuvent être pris en considération pour déterminer la norme de diligence appropriée en matière de négligence. L'avocat de l'Université a mentionné un certain nombre de décisions à l'appui de sa prétention qu'en l'espèce seule une action pour diffamation peut être intentée : voir, par exemple, les décisions *Fulton c. Globe and Mail* (1996), 194 A.R. 254 (B.R. (Protonotaire)), conf. par (1997), 53 Alta. L.R. (3d) 212 (B.R.), et *Elliott c. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 16 O.R. (3d) 677 (Div. gén.), conf. par (1995), 25 O.R. (3d) 302 (C.A.). En fait, ce sont des affaires où les actes des défendeurs, qui auraient causé la perte de réputation des demandeurs, relevaient entièrement du droit applicable en matière de diffamation et où l'existence des éléments fondamentaux d'une action pour négligence, telle l'obligation de diligence envers des demandeurs, n'avait pas été établie. En principe, rien ne justifie l'irrecevabilité d'actions pour négligence dans les cas où a) le lien étroit et la prévisibilité ont été établis, et où b) le préjudice excède la simple atteinte à la réputation du demandeur (c'est-à-dire lorsque d'autres préjudices découlent de la négligence du défendeur) : voir l'arrêt *Spring c. Guardian Assurance plc*, [1994] 3 All E.R. 129 (H.L.). En fait, dans toutes les affaires que les intimés ont citées à l'appui de la proposition selon laquelle la diffamation avait [TRADUCTION] « accaparé le marché » en matière de dommages-intérêts pour atteinte à la réputation, il n'y avait entre les parties aucun lien préexistant qui donnait naissance à une obligation de diligence (contrairement à la situation en l'espèce).

In summary then, we conclude that the evidence at trial supported the jury's finding of negligence and the factual underpinnings of the appellant's claim to damages.

(2) Causation

The respondents argue that the failure of the appellant to be admitted to the School of Social Work cannot be attributed to their conduct. They point out that the appellant's average grades were below the cut-off for admission. Better qualified candidates were being turned away. On the other hand, the jury also heard that the appellant's position was not hopeless. It was, the appellant says, only Professor Dempster's advice, apparently fuelled by the baseless suspicions arising out of a missing footnote, that caused her to abandon steps that might have led to her improving her academic standing and gaining admission. The evidence was that some of the other students with low grades were counselled to take extra courses to improve their averages, and some succeeded. As well, the jury may have concluded that complete rejection of the appellant's assignment on juvenile sex offenders lowered her scores more for reasons (plagiarism and suspicion of abuse) that proved entirely groundless than for its lateness. The jury heard that marks were not the only criteria for admission. Professor Dempster said that a candidate's volunteer work and job experience are also relevant, the very experience which placement on the Child Abuse Registry jeopardized.

Whether we agree with all of the findings the jury was prepared to make in the appellant's favour on the question of damages is irrelevant. While the issue of causation was strongly contested, there was, in our view, sufficient evidence to permit the jury to find a causal connection between the University's breach of duty and the damages suffered by the appellant.

En résumé, nous concluons donc que la preuve produite au procès étayait la conclusion de négligence tirée par le jury et le fondement factuel de l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelante. 57

(2) Lien de causalité

Les intimés prétendent que le fait que l'appelante n'a pas été admise à l'École de service social n'est pas attribuable à leur conduite. Ils soulignent que l'appelante avait des notes moyennes qui étaient inférieures au seuil établi pour l'admission. De meilleurs candidats étaient refusés. Par contre, on a également dit au jury que la situation de l'appelante n'était pas désespérée. L'appelante affirme que ce sont uniquement les conseils de la professeure Dempster, apparemment alimentés par les soupçons non fondés résultant de l'omission d'inscrire une note en bas de page, qui l'ont incitée à abandonner les démarches qui auraient pu lui permettre d'améliorer son dossier académique et d'être admise. La preuve établissait que l'on avait recommandé à d'autres étudiants dont les notes étaient faibles de suivre des cours supplémentaires afin d'augmenter leur moyenne, et que certains étaient parvenus à le faire. De même, il se peut que le jury ait conclu que le rejet total du travail de l'appelante portant sur les délinquants sexuels mineurs avait fait chuter ses notes davantage pour des motifs (plagiat et soupçons de violence) qui se sont révélés complètement non fondés que pour des motifs de remise tardive. Le jury a appris que les notes n'étaient pas le seul critère d'admission. La professeure Dempster a affirmé que les activités de bénévolat et l'expérience de travail d'un candidat sont aussi pertinentes, soit l'expérience même que l'inscription au registre de l'enfance maltraitée a compromise. 58

Il n'importe pas que nous partagions ou non les conclusions que le jury était disposé à tirer en faveur de l'appelante relativement aux dommages-intérêts. Malgré la vive contestation suscitée par la question du lien de causalité, nous estimons que la preuve était suffisante pour permettre au jury de conclure à l'existence d'un lien causal entre le manquement de l'Université à son obligation et le préjudice subi par l'appelante. 59

(3) Foreseeability of the Damage

60 It was argued that it was not foreseeable that communications among university staff would result in such damages to the appellant. Nor was it foreseeable, the respondents argue, that various officials at CPS would pass the file around from hand to hand and office to office for more than two years before actually picking up the phone to contact the appellant. Nevertheless, there was evidence before the jury of the profound risk of damage posed by the fanciful speculations of the professors, which gave rise to their actions against the appellant internally as well as to their report to CPS. The jury concluded that the professors' collective negligence destroyed the career prospects of the appellant as a social worker. The respondents strongly dispute such a conclusion and do so with some good reason, but it was open to the jury on the evidence to take that view, and to assess damages accordingly. Their decision was not so aberrant that it could be said that no reasonable jury, properly instructed, could have made it. Accordingly, we would not interfere.

(4) Contributory Negligence

61 The University argues that the appellant's loss was in part caused by her failure to footnote the Appendix and her failure to address the source of the Appendix after receiving Professor Bella's letter raising the issue of plagiarism. However, the onus was on the respondents to prove on a balance of probabilities that the appellant failed to take reasonable care and the extent to which this contributed to her loss. As earlier noted, Professor Bella's letter to the appellant did not even raise an issue about Appendix A. Moreover, the jury had Professor Mitchell's evidence that footnoting mistakes were commonplace. The jury must have found that contributory negligence on the part of the appellant had not been proved and that conclusion was open to it on the evidence. The respondents' argument on causation is little more than an

(3) Prévisibilité du préjudice

On a fait valoir qu'il était impossible de prévoir que les communications entre les membres du personnel de l'Université causeraient un tel préjudice à l'appelante. Il était également impossible de prévoir, selon les intimés, que divers agents du SPE feraient circuler le dossier d'une personne à l'autre et d'un bureau à l'autre pendant plus de deux ans avant de prendre le temps de téléphoner à l'appelante. Néanmoins, le jury disposait d'une preuve du grave risque de préjudice posé par les suppositions fantaisistes des professeurs, qui étaient à l'origine des mesures internes qu'ils avaient prises contre l'appelante et du signalement qu'ils avaient effectué auprès du SPE. Le jury a conclu que la négligence collective des professeurs avait détruit les perspectives de carrière de l'appelante à titre de travailleuse sociale. Les intimés contestent vivement cette conclusion et ont de bonnes raisons de le faire, mais la preuve permettait au jury d'adopter ce point de vue et d'évaluer les dommages-intérêts en conséquence. Leur décision n'était pas aberrante au point qu'il serait possible d'affirmer qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu la prendre. C'est pourquoi nous sommes d'avis de ne pas intervenir.

(4) Négligence contributive

L'Université fait valoir que la perte subie par l'appelante était partiellement due à son omission d'inscrire une note en bas de page dans l'annexe et de communiquer la source de l'annexe après avoir reçu la lettre de la professeure Bella, dans laquelle était soulevée la question du plagiat. Cependant, il appartenait aux intimés d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'absence de diligence raisonnable de la part de l'appelante et la mesure dans laquelle cela avait contribué à sa perte. Comme nous l'avons déjà souligné, la lettre que la professeure Bella a adressée à l'appelante ne soulevait même pas une question au sujet de l'annexe A. De plus, le jury disposait du témoignage de la professeure Mitchell selon lequel les erreurs concernant les notes en bas de page étaient courantes. Le jury a dû conclure que l'existence

invitation to this Court to retry the case. We cannot accept this argument.

(5) Quantification of Damages

As discussed, there was evidence to support the claims for loss of income and cost of future care. This leaves non-pecuniary damages and the issue of whether a judicially imposed cap on them is appropriate in this type of case.

The respondents argue that the assessment of $430,000 for non-pecuniary damages must be set aside because the loss suffered by the appellant is not of such magnitude to justify "one of the largest non-pecuniary general damage awards . . . ever awarded in this country and it is therefore appropriate for this Court to exercise its discretion in adjusting same".

This is not the test for appellate interference with a jury award. As mentioned earlier, the appellant called expert evidence (which was uncontradicted), laying out a number of scenarios based on different potential findings of fact for the jury's consideration. Damage assessments are questions of fact for the jury. Jury awards of damages may only be set aside for palpable and overriding error. It is a long-held principle that "when on a proper direction the quantum is ascertained by a jury, the disparity between the figure at which they have arrived and any figure at which they could properly have arrived must, to justify correction by a court of appeal, be even wider than when the figure has been assessed by a judge sitting alone": *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), at p. 614. On this test, we cannot conclude that the award for non-pecuniary damages should be set aside. In light of the evidence, the jury's award cannot be

de négligence contributive de la part de l'appelante n'avait pas été établie, et il pouvait le faire compte tenu de la preuve. L'argument des intimés concernant le lien de causalité n'est guère plus qu'une invitation faite à notre Cour à juger l'affaire de nouveau. Nous ne pouvons retenir cet argument.

(5) Évaluation quantitative des dommages-intérêts

62 Comme nous l'avons vu, il y avait des éléments de preuve étayant les demandes d'indemnité au titre de la perte de revenu et du coût des soins futurs. Il ne reste plus qu'à examiner les dommages-intérêts non pécuniaires et à se demander si, dans ce genre d'affaire, il convient que les tribunaux fixent un plafond à cet égard.

63 Les intimés prétendent qu'il faut annuler les dommages-intérêts non pécuniaires de 430 000 $ parce que la perte subie par l'appelante n'est pas assez importante pour justifier [TRADUCTION] « un montant de dommages-intérêts généraux non pécuniaires qui compte parmi les plus élevés [. . .] qui ont été consentis dans notre pays, c'est pourquoi il convient que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de le rajuster ».

64 Il ne s'agit pas là du critère applicable pour justifier la modification, par une cour d'appel, d'une indemnité accordée par un jury. Comme nous l'avons vu, l'appelante a présenté une preuve d'expert (non contredite) exposant un certain nombre de scénarios fondés sur diverses conclusions de fait possibles qui seraient soumises à l'appréciation du jury. Les évaluations de dommages-intérêts sont des questions de fait qui relèvent du jury. Les dommages-intérêts accordés par un jury ne peuvent être annulés que pour cause d'erreur manifeste et dominante. Un principe de longue date veut que [TRADUCTION] « lorsqu'un jury établit le montant à accorder après avoir reçu des directives appropriées, la différence entre le chiffre auquel il est arrivé et celui auquel il aurait pu légitimement arriver doit, pour justifier une modification par une cour d'appel, être encore plus grande que dans le cas où le chiffre a été fixé par un juge seul » : *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (C.P.), p. 614. D'après

said to be wholly disproportionate or shockingly unreasonable.

65 The respondents also argue that the cap on non-pecuniary damages imposed in catastrophic personal injury cases should be imposed in cases such as this: see *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 265; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287. The very different context of the "trilogy" is illustrated by the following passage from *Andrews*, at p. 262:

> If damages for non-pecuniary loss are viewed from a functional perspective, it is reasonable that large amounts should not be awarded once a person is properly provided for in terms of future care for his injuries and disabilities. The money for future care is to provide physical arrangements for assistance, equipment and facilities directly related to the injuries. Additional money to make life more endurable should then be seen as providing more general physical arrangements above and beyond those relating directly to the injuries. The result is a coordinated and interlocking basis for compensation, and a more rational justification for non-pecuniary loss compensation.

The respondents have not established why the policy considerations which arise from negligence causing catastrophic personal injuries, in the contexts of accident and medical malpractice, should be extended to cap a jury award in a case such as the present. The argument was rejected in relation to damages for defamation in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 170-76. In our view, the case for imposing a cap in cases of negligence causing economic loss is not made out here either. As Macfarlane J.A. commented in *S.Y. v. F.G.C.* (1996), 78 B.C.A.C. 209:

ce critère, nous ne pouvons pas conclure qu'il y a lieu d'annuler le montant accordé au titre des dommages-intérêts non pécuniaires. Compte tenu de la preuve, on ne saurait affirmer que le montant accordé par le jury est tout à fait disproportionné ou terriblement déraisonnable.

Les intimés prétendent également que le plafond auquel les dommages-intérêts non pécuniaires sont assujettis dans les cas de blessures corporelles catastrophiques devrait s'appliquer en l'espèce : voir les arrêts *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 265, *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287. Le passage suivant tiré de la p. 262 de l'arrêt *Andrews* illustre le contexte de la « trilogie » qui est fort différent :

> Si l'on considère l'indemnisation des pertes non pécuniaires selon la conception « fonctionnelle », il va de soi qu'on ne peut allouer un montant élevé à la victime qui a été convenablement indemnisée, en termes de soins futurs, pour ses blessures et son invalidité. Les sommes allouées pour les soins futurs assureront à la victime l'aide, l'équipement et les installations rendus nécessaires par ses blessures. Toute somme additionnelle visant à rendre la vie plus supportable est alors consacrée à d'autres moyens matériels plus généraux d'organiser la vie de la victime. Le concept d'indemnisation sous ses divers aspects repose ainsi sur des principes équilibrés et interdépendants et il en résulte une justification plus logique de l'indemnisation des pertes non pécuniaires.

Les intimés n'ont pas démontré pourquoi les considérations de politique générale que soulève la négligence causant des blessures corporelles catastrophiques, dans le contexte d'un accident ou d'une faute professionnelle médicale, devraient s'appliquer pour limiter les dommages-intérêts que le jury peut accorder dans un cas comme la présente affaire. Dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 170-176, cet argument a été rejeté relativement aux dommages-intérêts pour diffamation. À notre avis, la nécessité de fixer un plafond dans les cas de négligence causant une perte économique n'a pas été établie en l'espèce non plus. Comme l'a fait observer le juge Macfarlane dans l'arrêt *S.Y. c. F.G.C.* (1996), 78 B.C.A.C. 209 :

There is no evidence before us that this type of case has any impact on the public purse, or that there is any crisis arising from the size and disparity of assessments. A cap is not needed to protect the general public from a serious social burden, such as enormous insurance premiums. [para. 30]

We leave open for consideration in another case (where the policy considerations supporting a cap are more fully developed in evidence and argument) the issue of whether and in what circumstances the cap applies to non-pecuniary damage awards outside the catastrophic personal injury context. While the damages are higher than we would have awarded in the circumstances, the law assigns the task of that assessment to the jury. Given our conclusion that the cap does not apply in this case, the principle enunciated in *Hill* that an appellate court should not interfere with a jury assessment of non-pecuniary damages unless it "shocks the conscience of the court" (para. 163) precludes reduction of the award for non-pecuniary damages in this case.

V. Conclusion

We find no basis upon which to interfere with the jury's verdict, and accordingly we would set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the trial judgment with costs to the appellant on a party-and-party basis here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Gillian D. Butler, St. John's.

Solicitors for the respondents: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Solicitors for the intervener: McCarthy Tétrault, Toronto.

[TRADUCTION] Nous ne disposons d'aucune preuve que ce type d'affaire peut avoir quelque incidence sur le trésor public, ou qu'une crise résulte de l'ampleur et de la disparité des évaluations. Il n'est pas nécessaire de fixer un plafond pour éviter à la population générale un lourd fardeau social, comme des primes d'assurance élevées. [par. 30]

66 Nous reportons à une autre occasion (où les considérations de politique générale justifiant un plafond seront traitées plus à fond dans la preuve et l'argumentation) l'examen de la question de savoir si et dans quelles circonstances ce plafond s'applique à l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires dans d'autres contextes que celui des blessures corporelles catastrophiques. Bien que le montant des dommages-intérêts soit plus élevé que celui que nous aurions accordé dans les circonstances, la loi confie au jury la tâche de l'évaluer. Compte tenu de notre conclusion que le plafond ne s'applique pas en l'espèce, le principe énoncé dans l'arrêt *Hill*, selon lequel une cour d'appel ne devrait modifier l'évaluation des dommages-intérêts non pécuniaires effectuée par un jury que si « elle choque la conscience de la cour » (par. 163), empêche de réduire le montant de dommages-intérêts non pécuniaires accordé en l'espèce.

V. Conclusion

67 Nous ne voyons aucune raison de modifier le verdict du jury et, par conséquent, nous sommes d'avis d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance avec dépens partie-partie en faveur de l'appelante devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureure de l'appelante : Gillian D. Butler, St. John's.

Procureurs des intimés : Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Procureurs de l'intervenante : McCarthy Tétrault, Toronto.

City of Calgary *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

and

Alberta Energy and Utilities Board, Ontario Energy Board, Enbridge Gas Distribution Inc. and Union Gas Limited *Interveners*

Ville de Calgary *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *Intimée/ Appelante au pourvoi incident*

et

Alberta Energy and Utilities Board, Commission de l'énergie de l'Ontario, Enbridge Gas Distribution Inc. et Union Gas Limited *Intervenantes*

INDEXED AS: ATCO GAS AND PIPELINES LTD. *v.* ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD)

Neutral citation: 2006 SCC 4.

File No.: 30247.

2005: May 11; 2006: February 9.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : ATCO GAS AND PIPELINES LTD. *c.* ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD)

Référence neutre : 2006 CSC 4.

N° du greffe : 30247.

2005 : 11 mai; 2006 : 9 février.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Jurisdiction — Doctrine of jurisdiction by necessary implication — Natural gas public utility applying to Alberta Energy and Utilities Board to approve sale of buildings and land no longer required in supplying natural gas — Board approving sale subject to condition that portion of sale proceeds be allocated to ratepaying customers of utility — Whether Board had explicit or implicit jurisdiction to allocate proceeds of sale — If so, whether Board's decision to exercise discretion to protect public interest by allocating proceeds of utility asset sale to customers reasonable — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Alberta Energy and Utilities Board — Standard

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

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Compétence — Doctrine de la compétence par déduction nécessaire — Demande présentée à l'Alberta Energy and Utilities Board par un service public de gaz naturel pour obtenir l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain ne servant plus à la fourniture de gaz naturel — Autorisation accordée à la condition qu'une partie du produit de la vente soit attribuée aux clients du service public — L'organisme avait-il le pouvoir exprès ou tacite d'attribuer le produit de la vente? — Dans l'affirmative, sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en attribuant aux clients une partie du produit de la vente était-elle raisonnable? — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Alberta Energy and Utilities Board

of review applicable to Board's jurisdiction to allocate proceeds from sale of public utility assets to ratepayers — Standard of review applicable to Board's decision to exercise discretion to allocate proceeds of sale — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

ATCO is a public utility in Alberta which delivers natural gas. A division of ATCO filed an application with the Alberta Energy and Utilities Board for approval of the sale of buildings and land located in Calgary, as required by the *Gas Utilities Act* ("GUA"). According to ATCO, the property was no longer used or useful for the provision of utility services, and the sale would not cause any harm to ratepaying customers. ATCO requested that the Board approve the sale transaction, as well as the proposed disposition of the sale proceeds: to retire the remaining book value of the sold assets, to recover the disposition costs, and to recognize that the balance of the profits resulting from the sale should be paid to ATCO's shareholders. The customers' interests were represented by the City of Calgary, who opposed ATCO's position with respect to the disposition of the sale proceeds to shareholders.

Persuaded that customers would not be harmed by the sale, the Board approved the sale transaction on the basis that customers would not "be exposed to the risk of financial harm as a result of the Sale that could not be examined in a future proceeding". In a second decision, the Board determined the allocation of net sale proceeds. The Board held that it had the jurisdiction to approve a proposed disposition of sale proceeds subject to appropriate conditions to protect the public interest, pursuant to the powers granted to it under s. 15(3) of the *Alberta Energy and Utilities Board Act* ("AEUBA"). The Board applied a formula which recognizes profits realized when proceeds of sale exceed the original cost can be shared between customers and shareholders, and allocated a portion of the net gain on the sale to the ratepaying customers. The Alberta Court of Appeal set aside the Board's decision, referring the matter back to the Board to allocate the entire remainder of the proceeds to ATCO.

Held (McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal is dismissed and the cross-appeal is allowed.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ.: When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of

— Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme concernant son pouvoir d'attribuer aux clients le produit de la vente des biens d'un service public — Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme d'exercer son pouvoir discrétionnaire en attribuant le produit de la vente — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

ATCO est un service public albertain de distribution de gaz naturel. L'une de ses filiales a demandé à l'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain situés à Calgary, comme l'exigeait la *Gas Utilities Act* (« GUA »). ATCO a indiqué que les biens n'étaient plus utilisés pour fournir un service public ni susceptibles de l'être et que leur vente ne causerait aucun préjudice aux clients. Elle a demandé à la Commission d'autoriser l'opération et l'affectation du produit de la vente au paiement de la valeur comptable et au recouvrement des frais d'aliénation, et de reconnaître le droit de ses actionnaires au profit net. La ville de Calgary a défendu les intérêts des clients, s'opposant à ce que le produit de la vente soit attribué aux actionnaires comme le préconisait ATCO.

Convaincue que la vente ne serait pas préjudiciable aux clients, la Commission l'a autorisée au motif que « la vente ne risquait pas de leur infliger un préjudice financier qui ne pourrait faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une procédure ultérieure ». Dans une deuxième décision, elle a décidé de l'attribution du produit net de la vente. Elle a conclu qu'elle avait le pouvoir d'autoriser l'aliénation projetée en l'assortissant de conditions aptes à protéger l'intérêt public, suivant le par. 15(3) de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act* (« AEUBA »). Elle a appliqué une formule reconnaissant que le profit réalisé lorsque le produit de la vente excède le coût historique peut être réparti entre les clients et les actionnaires et elle a attribué aux clients une partie du gain net tiré de la vente. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé la décision et renvoyé l'affaire à la Commission en lui enjoignant d'attribuer à ATCO la totalité du produit net.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron : Compte tenu des facteurs pertinents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle

review applicable to the Board's decision on the issue of jurisdiction is correctness. Here, the Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale of the utility's asset. The Court of Appeal made no error of fact or law when it concluded that the Board acted beyond its jurisdiction by misapprehending its statutory and common law authority. However, the Court of Appeal erred when it did not go on to conclude that the Board has no jurisdiction to allocate any portion of the proceeds of sale of the property to ratepayers. [21-34]

The interpretation of the AEUBA, the *Public Utilities Board Act* ("PUBA") and the GUA can lead to only one conclusion: the Board does not have the prerogative to decide on the distribution of the net gain from the sale of assets of a utility. On their grammatical and ordinary meaning, s. 26(2) GUA, s. 15(3) AEUBA and s. 37 PUBA are silent as to the Board's power to deal with sale proceeds. Section 26(2) GUA conferred on the Board the power to approve a transaction without more. The intended meaning of the Board's power pursuant to s. 15(3) AEUBA to impose conditions on an order that the Board considers necessary in the public interest, as well as the general power in s. 37 PUBA, is lost when the provisions are read in isolation. They are, on their own, vague and open-ended. It would be absurd to allow the Board an unfettered discretion to attach any condition it wishes to any order it makes. While the concept of "public interest" is very wide and elastic, the Board cannot be given total discretion over its limitations. These seemingly broad powers must be interpreted within the entire context of the statutes which are meant to balance the need to protect consumers as well as the property rights retained by owners, as recognized in a free market economy. The context indicates that the limits of the Board's powers are grounded in its main function of fixing just and reasonable rates and in protecting the integrity and dependability of the supply system. [7] [41] [43] [46]

An examination of the historical background of public utilities regulation in Alberta generally, and the legislation in respect of the powers of the Alberta Energy and Utilities Board in particular, reveals that nowhere is there a mention of the authority for the Board to allocate proceeds from a sale or the discretion of the Board to interfere with ownership rights. Moreover, although the Board may seem to possess a variety of powers and functions, it is manifest from a reading of the AEUBA,

applicable à la décision de la Commission portant sur sa compétence est celle de la décision correcte. En l'espèce, la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens de l'entreprise de services publics. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit lorsqu'elle a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence en se méprenant sur les pouvoirs que lui conféraient la loi et la common law. Cependant, elle a eu tort de ne pas conclure en outre que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer aux clients quelque partie du produit de la vente des biens. [21-34]

L'analyse de l'AEUBA, de la *Public Utilities Board Act* (« PUBA ») et de la GUA mène à une seule conclusion : la Commission n'a pas le pouvoir de décider de la répartition du gain net tiré de la vente d'un bien par un service public. Suivant le sens grammatical et ordinaire des mots qui y sont employés, le par. 26(2) de la GUA, le par. 15(3) de l'AEUBA et l'art. 37 de la PUBA sont silencieux en ce qui concerne le pouvoir de la Commission de décider du sort du produit de la vente. Le paragraphe 26(2) de la GUA lui conférait le pouvoir d'autoriser une opération, sans plus. La véritable portée du par. 15(3) de l'AEUBA, qui confère à la Commission le pouvoir d'assortir une ordonnance des conditions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public, et celle de l'art. 37 de la PUBA, qui l'investit d'un pouvoir général, est occultée lorsque l'on considère isolément ces dispositions. En elles-mêmes, les dispositions sont vagues et sujettes à diverses interprétations. Il serait absurde d'accorder à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu d'assortir ses ordonnances des conditions de son choix. La notion d'« intérêt public » est très large et élastique, mais la Commission ne peut se voir accorder le pouvoir discrétionnaire absolu d'en circonscrire les limites. Son pouvoir apparemment vaste doit être interprété dans le contexte global des lois en cause, qui visent à protéger non seulement le consommateur, mais aussi le droit de propriété reconnu au propriétaire dans une économie de libre marché. Il appert du contexte que les limites du pouvoir de la Commission sont inhérentes à sa principale fonction qui consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables et à préserver l'intégrité et la fiabilité du réseau d'alimentation. [7] [41] [43] [46]

Ni l'historique de la réglementation des services publics de l'Alberta en général ni les dispositions législatives conférant ses pouvoirs à l'Alberta Energy and Utilities Board en particulier ne font mention du pouvoir de la Commission d'attribuer le produit de la vente ou de son pouvoir discrétionnaire de porter atteinte au droit de propriété. Bien que la Commission puisse sembler posséder toute une gamme d'attributions et de fonctions, il ressort de l'AEUBA, de la PUBA et de la

the PUBA and the GUA that the principal function of the Board in respect of public utilities, is the determination of rates. Its power to supervise the finances of these companies and their operations, although wide, is in practice incidental to fixing rates. The goals of sustainability, equity and efficiency, which underlie the reasoning as to how rates are fixed, have resulted in an economic and social arrangement which ensures that all customers have access to the utility at a fair price — nothing more. The rates paid by customers do not incorporate acquiring ownership or control of the utility's assets. The object of the statutes is to protect both the customer and the investor, and the Board's responsibility is to maintain a tariff that enhances the economic benefits to consumers and investors of the utility. This well-balanced regulatory arrangement does not, however, cancel the private nature of the utility. The fact that the utility is given the opportunity to make a profit on its services and a fair return on its investment in its assets should not and cannot stop the utility from benefiting from the profits which follow the sale of assets. Neither is the utility protected from losses incurred from the sale of assets. The Board misdirected itself by confusing the interests of the customers in obtaining safe and efficient utility service with an interest in the underlying assets owned only by the utility. [54-69]

Not only is the power to allocate the proceeds of the sale absent from the explicit language of the legislation, but it cannot be implied from the statutory regime as necessarily incidental to the explicit powers. For the doctrine of jurisdiction by necessary implication to apply, there must be evidence that the exercise of that power is a practical necessity for the Board to accomplish the objects prescribed by the legislature, something which is absent in this case. Not only is the authority to attach a condition to allocate the proceeds of a sale to a particular party unnecessary for the Board to accomplish its role, but deciding otherwise would lead to the conclusion that broadly drawn powers, such as those found in the AEUBA, the GUA and the PUBA, can be interpreted so as to encroach on the economic freedom of the utility, depriving it of its rights. If the Alberta legislature wishes to confer on ratepayers the economic benefits resulting from the sale of utility assets, it can expressly provide for this in the legislation. [39] [77-80]

Notwithstanding the conclusion that the Board lacked jurisdiction, its decision to exercise its discretion to protect the public interest by allocating the sale proceeds as it did to ratepaying customers did not meet a reasonable standard. When it explicitly concluded

GUA que son principal mandat à l'égard des entreprises de services publics est l'établissement de tarifs. Son pouvoir de surveiller les finances et le fonctionnement de ces entreprises est certes vaste mais, en pratique, il est accessoire à sa fonction première. Les objectifs de viabilité, d'équité et d'efficacité, qui expliquent le mode de fixation des tarifs, sont à l'origine d'un arrangement économique et social qui garantit à tous les clients l'accès au service public à un prix raisonnable, sans plus. Le paiement du tarif par le client n'emporte pas l'acquisition d'un droit de propriété ou de possession sur les biens du service public. L'objet de la législation est de protéger le client et l'investisseur, et la Commission a pour mandat d'établir une tarification qui favorise les avantages financiers de l'un et de l'autre. Toutefois, ce subtil compromis ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. Le fait que l'on donne au service public la possibilité de tirer un profit de la prestation du service et de bénéficier d'un juste rendement de son actif ne peut ni ne devrait l'empêcher d'encaisser le bénéfice résultant de la vente d'un élément d'actif. Sans compter que l'entreprise n'est pas à l'abri de la perte pouvant en découler. La Commission s'est méprise en confondant le droit des clients à un service sûr et efficace avec le droit sur les biens affectés à la prestation de ce service et dont l'entreprise est l'unique propriétaire. [54-69]

Non seulement le pouvoir d'attribuer le produit de la vente n'est pas expressément prévu par la loi, mais on ne peut « déduire » du régime législatif qu'il découle nécessairement du pouvoir exprès. Pour que s'applique la doctrine de la compétence par déduction nécessaire, la preuve doit établir que l'exercice de ce pouvoir est nécessaire dans les faits à la Commission pour que soient atteints les objectifs de la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Non seulement il n'est pas nécessaire, pour s'acquitter de sa mission, que la Commission ait le pouvoir d'attribuer à une partie le produit de la vente qu'elle autorise, mais toute conclusion contraire permettrait d'interpréter un pouvoir largement défini, comme celui prévu dans l'AEUBA, la GUA ou la PUBA, d'une façon qui empiète sur la liberté économique de l'entreprise de services publics, dépouillant cette dernière de ses droits. Si l'assemblée législative albertaine souhaite que les clients bénéficient des avantages financiers découlant de la vente des biens d'un service public, elle peut adopter une disposition le prévoyant expressément. [39] [77-80]

Indépendamment de la conclusion que la Commission n'avait pas compétence, la décision d'exercer le pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en répartissant le produit de la vente comme elle l'a fait ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité. Lorsqu'elle

that no harm would ensue to customers from the sale of the asset, the Board did not identify any public interest which required protection and there was, therefore, nothing to trigger the exercise of the discretion to allocate the proceeds of sale. Finally, it cannot be concluded that the Board's allocation was reasonable when it wrongly assumed that ratepayers had acquired a proprietary interest in the utility's assets because assets were a factor in the rate-setting process. [82-85]

Per McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. (dissenting): The Board's decision should be restored. Section 15(3) AEUBA authorized the Board, in dealing with ATCO's application to approve the sale of the subject land and buildings, to "impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In the exercise of that authority, and having regard to the Board's "general supervision over all gas utilities, and the owners of them" pursuant to s. 22(1) GUA, the Board made an allocation of the net gain for public policy reasons. The Board's discretion is not unlimited and must be exercised in good faith for its intended purpose. Here, in allocating one third of the net gain to ATCO and two thirds to the rate base, the Board explained that it was proper to balance the interests of both shareholders and ratepayers. In the Board's view to award the entire gain to the ratepayers would deny the utility an incentive to increase its efficiency and reduce its costs, but on the other hand to award the entire gain to the utility might encourage speculation in non-depreciable property or motivate the utility to identify and dispose of properties which have appreciated for reasons other than the best interest of the regulated business. Although it was open to the Board to allow ATCO's application for the entire profit, the solution it adopted in this case is well within the range of reasonable options. The "public interest" is largely and inherently a matter of opinion and discretion. While the statutory framework of utilities regulation varies from jurisdiction to jurisdiction, Alberta's grant of authority to its Board is more generous than most. The Court should not substitute its own view of what is "necessary in the public interest". The Board's decision made in the exercise of its jurisdiction was within the range of established regulatory opinion, whether the proper standard of review in that regard is patent unreasonableness or simple reasonableness. [91-92] [98-99] [110] [113] [122] [148]

a conclu explicitement que la vente des biens ne causerait aucun préjudice aux clients, la Commission n'a pas cerné d'intérêt public à protéger et aucun élément ne justifiait donc l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'attribuer le produit de la vente. Enfin, on ne peut conclure que la répartition était raisonnable, la Commission ayant supposé à tort que les clients avaient acquis un droit de propriété sur les biens de l'entreprise du fait de la prise en compte de ceux-ci dans l'établissement des tarifs. [82-85]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish (dissidents) : La décision de la Commission devrait être rétablie. Le paragraphe 15(3) de l'AEUBA conférait à la Commission le pouvoir d'« imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge[ait] nécessaires dans l'intérêt public » en statuant sur la demande d'autorisation de vendre le terrain et les bâtiments en cause présentée par ATCO. Dans l'exercice de ce pouvoir, et vu la « surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires » qui lui incombait suivant le par. 22(1) de la GUA, la Commission a réparti le gain net en se fondant sur des considérations d'intérêt public. Son pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité et elle doit l'exercer de bonne foi et aux fins auxquelles il est conféré. Dans la présente affaire, en attribuant un tiers du gain net à ATCO et deux tiers à la base tarifaire, la Commission a expliqué qu'il fallait mettre en balance les intérêts des actionnaires et ceux des clients. Selon elle, attribuer aux clients la totalité du profit n'aurait pas incité l'entreprise à accroître son efficacité et à réduire ses coûts et l'attribuer à l'entreprise aurait pu encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'était accrue et leur aliénation pour des motifs étrangers à l'intérêt véritable de l'entreprise réglementée. La Commission pouvait accueillir la demande d'ATCO et lui attribuer la totalité du profit, mais la solution qu'elle a retenue en l'espèce s'inscrivait parmi celles pour lesquelles elle pouvait raisonnablement opter. L'« intérêt public » tient essentiellement et intrinsèquement à l'opinion et au pouvoir discrétionnaire. Même si le cadre législatif de la réglementation des services publics varie d'un ressort à l'autre, la Commission s'est vu conférer par le législateur albertain un pouvoir plus étendu que celui accordé à la plupart des organismes apparentés. Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer quelles conditions sont « nécessaires dans l'intérêt public » et de substituer son opinion à celle de la Commission. La décision que la Commission a rendue dans l'exercice de son pouvoir se situe dans les limites des opinions exprimées par les organismes de réglementation, que la norme applicable soit celle du manifestement déraisonnable ou celle du raisonnable simpliciter. [91-92] [98-99] [110] [113] [122] [148]

ATCO's submission that an allocation of profit to the customers would amount to a confiscation of the corporation's property overlooks the obvious difference between investment in an unregulated business and investment in a regulated utility where the ratepayers carry the costs and the regulator sets the return on investment, not the marketplace. The Board's response cannot be considered "confiscatory" in any proper use of the term, and is well within the range of what is regarded in comparable jurisdictions as an appropriate regulatory allocation of the gain on sale of land whose original investment has been included by the utility itself in its rate base. Similarly, ATCO's argument that the Board engaged in impermissible retroactive rate making should not be accepted. The Board proposed to apply a portion of the expected profit to future rate making. The effect of the order is prospective not retroactive. Fixing the going-forward rate of return, as well as general supervision of "all gas utilities, and the owners of them", were matters squarely within the Board's statutory mandate. ATCO also submits in its cross-appeal that the Court of Appeal erred in drawing a distinction between gains on sale of land whose original cost is not depreciated and depreciated property, such as buildings. A review of regulatory practice shows that many, but not all, regulators reject the relevance of this distinction. The point is not that the regulator must reject any such distinction but, rather, that the distinction does not have the controlling weight as contended by ATCO. In Alberta, it is up to the Board to determine what allocations are necessary in the public interest as conditions of the approval of sale. Finally, ATCO's contention that it alone is burdened with the risk on land that declines in value overlooks the fact that in a falling market the utility continues to be entitled to a rate of return on its original investment, even if the market value at the time is substantially less than its original investment. Further, it seems such losses are taken into account in the ongoing rate-setting process. [93] [123-147]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Decision 2001-65, July 31, 2001; *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Decision 2000-41, July 5, 2000; *Pushpanathan v.*

La prétention d'ATCO selon laquelle attribuer le profit aux clients équivaut à confisquer l'actif de l'entreprise ne tient pas compte de la différence manifeste entre un investissement dans une entreprise non réglementée et un investissement dans un service public réglementé; dans ce dernier cas, les clients supportent les coûts et le taux de rendement est fixé par un organisme de réglementation, et non par le marché. La mesure retenue par la Commission ne peut être qualifiée de « confiscatoire » dans quelque acception de ce terme et elle fait partie des solutions jugées acceptables dans des ressorts comparables en ce qui concerne l'attribution du profit tiré de la vente d'un terrain dont l'entreprise de services publics a elle-même inclus le coût historique dans sa base tarifaire. On ne peut non plus faire droit à la prétention d'ATCO voulant que la Commission se soit indûment livrée à une tarification rétroactive. La Commission a proposé de tenir compte d'une partie du profit escompté pour fixer les tarifs ultérieurs. L'ordonnance a un effet prospectif, et non rétroactif. La fixation du rendement futur et la surveillance générale « des services de gaz et de leurs propriétaires » relevaient sans conteste du mandat légal de la Commission. Dans son pourvoi incident, ATCO prétend en outre que la Cour d'appel de l'Alberta a établi à tort une distinction entre le profit tiré de la vente d'un terrain dont le coût historique n'est pas amorti et le profit tiré de la vente d'un bien amorti, comme un bâtiment. Il ressort de la pratique réglementaire que de nombreux organismes de réglementation, mais pas tous, jugent cette distinction non pertinente. Ce n'est pas que l'organisme de réglementation doive l'écarter systématiquement, mais elle n'est pas aussi déterminante que le prétend ATCO. En Alberta, la Commission peut autoriser une vente à la condition que le produit qui en est tiré soit réparti comme elle le juge nécessaire dans l'intérêt public. Enfin, la prétention selon laquelle ATCO assume seule le risque que la valeur d'un terrain diminue ne tient pas compte du fait que s'il y a contraction du marché, l'entreprise de services publics continue de bénéficier d'un rendement fondé sur le coût historique même si la valeur marchande a considérablement diminué. De plus, il appert qu'une telle perte est prise en considération dans la procédure d'établissement des tarifs. [93] [123-147]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Décision 2001-65, 31 juillet 2001; *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Décision 2000-41, 5 juillet 2000; *Pushpanathan c.*

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Consumers' Gas Co. v. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL); *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374; *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557; *Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453, aff'd [1977] 2 S.C.R. 822; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Contino v. Leonelli-Contino*, [2005] 3 S.C.R. 217, 2005 SCC 63; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182, aff'd [1985] 1 S.C.R. 174; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698; *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945); *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. vii; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II, 411-II, 412-II, March 23, 1987; *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349;

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19; *Consumers' Gas Co. c. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL); *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant c. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374; *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557; *Dome Petroleum Ltd. c. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453, conf. par [1977] 2 R.C.S. 822; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Contino c. Leonelli-Contino*, [2005] 3 R.C.S. 217, 2005 CSC 63; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision nº E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision nº E84116, 12 octobre 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182, conf. par [1985] 1 R.C.S. 174; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision nº E84113, 12 octobre 1984; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698; *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *Market St. Ry. Co. c. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945); *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 2 R.C.S. vii; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II, 411-II, 412-II, 23 mars 1987; *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2

Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd., [1993] 1 S.C.R. 167.

By Binnie J. (dissenting)

Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd., [1982] 2 S.C.R. 557; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.*, [1958] S.C.R. 353; *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] S.C.R. 185; *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, June 30, 1976; *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (1982); *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, March 1, 1991; *Re Natural Resource Gas Ltd.*, O.E.B., RP-2002-0147, EB-2002-0446, June 27, 2003; *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58; *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (1988); *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992); *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (1990); *Democratic Central Committee of the District of Columbia v. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (1973); *Board of Public Utility Commissioners v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *New York Water Service Corp. v. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960); *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995); *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996); *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84115, October 12, 1984; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, ss. 13, 15, 26(1), (2), 27.

R.C.S. 919, 2000 CSC 64; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd., [1982] 2 R.C.S. 557; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. c. Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353; *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] R.C.S. 185; *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79; *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; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, 30 juin 1976; *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (1982); *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, 1er mars 1991; *Re Natural Resource Gas Ltd.*, C.É.O., RP-2002-0147, EB-2002-0446, 27 juin 2003; *Yukon Energy Corp. c. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58; *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (1988); *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992); *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (1990); *Democratic Central Committee of the District of Columbia c. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (1973); *Board of Public Utility Commissioners c. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976); *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *New York Water Service Corp. c. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960); *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995); *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996); *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision nº E84116, 12 octobre 1984; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision nº E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision nº E84115, 12 octobre 1984; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision nº E84113, 12 octobre 1984.

Lois et règlements cités

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 13, 15, 26(1), (2), 27.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, ss. 16, 17, 22, 24, 26, 27(1), 36 to 45, 59.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10.
Public Utilities Act, S.A. 1915, c. 6, ss. 21, 23, 24, 29(g).
Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, ss. 36, 37, 80, 85(1), 87, 89 to 95, 101(1), (2), 102(1).

Authors Cited

Anisman, Philip, and Robert F. Reid. *Administrative Law Issues and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Black, Alexander J. "Responsible Regulation: Incentive Rates for Natural Gas Pipelines" (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349.

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.

Brown, David M. *Energy Regulation in Ontario*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated November 2004, release 3).

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

Brown-John, C. Lloyd. *Canadian Regulatory Agencies: Quis custodiet ipsos custodes?* Toronto: Butterworths, 1981.

Canadian Institute of Resources Law. *Canada Energy Law Service: Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto: Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2).

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

Cross, Phillip S. "Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard?" (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44.

Depoorter, Ben W. F. "Regulation of Natural Monopoly", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Green, Richard, and Martin Rodriguez Pardina. *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators*. Washington, D.C.: World Bank, 1999.

Kahn, Alfred E. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. 1, *Economic Principles*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988.

MacAvoy, Paul W., and J. Gregory Sidak. "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233.

Milner, H. R. "Public Utility Rate Control in Alberta" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 101.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 16, 17, 22, 24, 26, 27(1), 36 à 45, 59.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10.
Public Utilities Act, S.A. 1915, ch. 6, art. 21, 23, 24, 29g).
Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 36, 37, 80, 85(1), 87, 89 à 95, 101(1), (2), 102(1).

Doctrine citée

Anisman, Philip, and Robert F. Reid. *Administrative Law Issues and Practice*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995.

Black, Alexander J. « Responsible Regulation : Incentive Rates for Natural Gas Pipelines » (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349.

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.

Brown, David M. *Energy Regulation in Ontario*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated November 2004, release 3).

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

Brown-John, C. Lloyd. *Canadian Regulatory Agencies : Quis custodiet ipsos custodes?* Toronto : Butterworths, 1981.

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

Cross, Phillip S. « Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard? » (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44.

Depoorter, Ben W. F. « Regulation of Natural Monopoly », in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Green, Richard, and Martin Rodriguez Pardina. *Resetting Price Controls for Privatized Utilities : A Manual for Regulators*. Washington, D.C. : World Bank, 1999.

Institut canadien du droit des ressources. *Canada Energy Law Service : Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto : Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2).

Kahn, Alfred E. *The Economics of Regulation : Principles and Institutions*, vol. 1, *Economic Principles*. Cambridge, Mass. : MIT Press, 1988.

MacAvoy, Paul W., and J. Gregory Sidak. « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233.

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto: Irwin Law, 2001.

Netz, Janet S. "Price Regulation: A (Non-Technical) Overview", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts.* Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000.

Reid, Robert F., and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Trebilcock, Michael J. "The Consumer Interest and Regulatory Reform", in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada.* Toronto: Macmillan of Canada, 1978, 94.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Wittmann J.A. and LoVecchio J. (*ad hoc*)) (2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 339 A.R. 250, 312 W.A.C. 250, [2004] 4 W.W.R. 239, [2004] A.J. No. 45 (QL), 2004 ABCA 3, reversing a decision of the Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting.

Brian K. O'Ferrall and *Daron K. Naffin*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Clifton D. O'Brien, Q.C., Lawrence E. Smith, Q.C., H. Martin Kay, Q.C., and *Laurie A. Goldbach*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

J. Richard McKee and *Renée Marx*, for the intervener the Alberta Energy and Utilities Board.

Written submissions only by *George Vegh* and *Michael W. Lyle*, for the intervener the Ontario Energy Board.

Written submissions only by *J. L. McDougall, Q.C.*, and *Michael D. Schafler*, for the intervener Enbridge Gas Distribution Inc.

Written submissions only by *Michael A. Penny* and *Susan Kushneryk*, for the intervener Union Gas Limited.

Milner, H. R. « Public Utility Rate Control in Alberta » (1930), 8 *R. du B. can.* 101.

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto : Irwin Law, 2001.

Netz, Janet S. « Price Regulation : A (Non-Technical) Overview », in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts.* Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2000.

Reid, Robert F., and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1978.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Trebilcock, Michael J. « The Consumer Interest and Regulatory Reform », in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada.* Toronto : Macmillan of Canada, 1978, 94.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Wittmann et LoVecchio (*ad hoc*)) (2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 339 A.R. 250, 312 W.A.C. 250, [2004] 4 W.W.R. 239, [2004] A.J. No. 45 (QL), 2004 ABCA 3, qui a infirmé une décision de l'Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Brian K. O'Ferrall et *Daron K. Naffin*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Clifton D. O'Brien, c.r., Lawrence E. Smith, c.r., H. Martin Kay, c.r., et *Laurie A. Goldbach*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

J. Richard McKee et *Renée Marx*, pour l'intervenante Alberta Energy and Utilities Board.

Argumentation écrite seulement par *George Vegh* et *Michael W. Lyle*, pour l'intervenante la Commission de l'énergie de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *J. L. McDougall, c.r.*, et *Michael D. Schafler*, pour l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Penny* et *Susan Kushneryk*, pour l'intervenante Union Gas Limited.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

1 At the heart of this appeal is the issue of the jurisdiction of an administrative board. More specifically, the Court must consider whether, on the appropriate standard of review, this utility board appropriately set out the limits of its powers and discretion.

2 Few areas of our lives are now untouched by regulation. Telephone, rail, airline, trucking, foreign investment, insurance, capital markets, broadcasting licences and content, banking, food, drug and safety standards, are just a few of the objects of public regulations in Canada: M. J. Trebilcock, "The Consumer Interest and Regulatory Reform", in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada* (1978), 94. Discretion is central to the regulatory agency policy process, but this discretion will vary from one administrative body to another (see C. L. Brown-John, *Canadian Regulatory Agencies: Quis custodiet ipsos custodes?* (1981), at p. 29). More importantly, in exercising this discretion, statutory bodies must respect the confines of their jurisdiction: they cannot trespass in areas where the legislature has not assigned them authority (see D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at pp. 9-10).

3 The business of energy and utilities is no exception to this regulatory framework. The respondent in this case is a public utility in Alberta which delivers natural gas. This public utility is nothing more than a private corporation subject to certain regulatory constraints. Fundamentally, it is like any other privately held company: it obtains the necessary funding from investors through public issues of shares in stock and bond markets; it is the

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le présent pourvoi a pour objet la compétence d'un tribunal administratif. Plus précisément, notre Cour doit déterminer, selon la norme de contrôle appropriée, si l'organisme de réglementation a correctement circonscrit ses attributions et son pouvoir discrétionnaire.

De nos jours, rares sont les facettes de notre vie qui échappent à la réglementation. Le service téléphonique, les transports ferroviaire et aérien, le camionnage, l'investissement étranger, l'assurance, le marché des capitaux, la radiodiffusion (licences et contenu), les activités bancaires, les aliments, les médicaments et les normes de sécurité ne constituent que quelques-uns des objets de la réglementation au Canada : M. J. Trebilcock, « The Consumer Interest and Regulatory Reform », dans G. B. Doern, dir., *The Regulatory Process in Canada* (1978), 94. Le pouvoir discrétionnaire est au cœur de l'élaboration des politiques des organismes administratifs, mais son étendue varie d'un organisme à l'autre (voir C. L. Brown-John, *Canadian Regulatory Agencies : Quis custodiet ipsos custodes?* (1981), p. 29). Et, plus important encore, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, l'organisme créé par voie législative doit s'en tenir à son domaine de compétence : il ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence (voir D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 9-10).

Le secteur de l'énergie et des services publics n'y échappe pas. En l'espèce, l'intimée est un service public albertain de distribution de gaz naturel. Il ne s'agit en fait que d'une société privée assujettie à certaines contraintes réglementaires. Essentiellement, elle est dans la même situation que toute société privée : elle obtient son financement par l'émission d'actions et d'obligations; ses ressources, ses terrains et ses autres biens lui

sole owner of the resources, land and other assets; it constructs plants, purchases equipment, and contracts with employees to provide the services; it realizes profits resulting from the application of the rates approved by the Alberta Energy and Utilities Board ("Board") (see P. W. MacAvoy and J. G. Sidak, "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233, at p. 234). That said, one cannot ignore the important feature which makes a public utility so distinct: it must answer to a regulator. Public utilities are typically natural monopolies: technology and demand are such that fixed costs are lower for a single firm to supply the market than would be the case where there is duplication of services by different companies in a competitive environment (see A. E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (1988), vol. 1, at p. 11; B. W. F. Depoorter, "Regulation of Natural Monopoly", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 498; J. S. Netz, "Price Regulation: A (Non-Technical) Overview", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 396, at p. 398; A. J. Black, "Responsible Regulation: Incentive Rates for Natural Gas Pipelines" (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349, at p. 351). Efficiency of production is promoted under this model. However, governments have purported to move away from this theoretical concept and have adopted what can only be described as a "regulated monopoly". The utility regulations exist to protect the public from monopolistic behaviour and the consequent inelasticity of demand while ensuring the continued quality of an essential service (see Kahn, at p. 11).

As in any business venture, public utilities make business decisions, their ultimate goal being to maximize the residual benefits to shareholders. However, the regulator limits the utility's managerial discretion over key decisions, including prices, service offerings and the prudency of plant and equipment investment decisions. And more relevant to this case, the utility, outside the ordinary course of business, is limited in its right to sell

appartiennent en propre; elle construit des installations, achète du matériel et, pour fournir ses services, conclut des contrats avec des employés; elle réalise des profits en pratiquant des tarifs approuvés par l'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») (voir P. W. MacAvoy et J. G. Sidak, « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233, p. 234). Cela dit, on ne peut faire abstraction de la caractéristique importante qui rend un service public si distinct : il doit rendre compte à un organisme de réglementation. Les services publics sont habituellement des monopoles naturels : la technologie requise et la demande sont telles que les coûts fixes sont moindres lorsque le marché est desservi par une seule entreprise au lieu de plusieurs faisant double-emploi dans un contexte concurrentiel (voir A. E. Kahn, *The Economics of Regulation : Principles and Institutions* (1988), vol. 1, p. 11; B. W. F. Depoorter, « Regulation of Natural Monopoly », dans B. Bouckaert et G. De Geest, dir., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 498; J. S. Netz, « Price Regulation : A (Non-Technical) Overview », dans B. Bouckaert et G. De Geest, dir., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 396, p. 398; A. J. Black, « Responsible Regulation : Incentive Rates for Natural Gas Pipelines » (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349, p. 351). Ce modèle favorise l'efficience de la production. Toutefois, les gouvernements ont voulu s'éloigner du concept théorique et ont opté pour ce qu'il convient d'appeler un « monopole réglementé ». La réglementation des services publics vise à protéger la population contre un comportement monopolistique et l'inélasticité de la demande qui en résulte tout en assurant la qualité constante d'un service essentiel (voir Kahn, p. 11).

Comme toute autre entreprise, un service public prend des décisions d'affaires, son objectif ultime étant de maximiser les profits revenant aux actionnaires. Cependant, l'organisme de réglementation restreint son pouvoir discrétionnaire à l'égard de certains éléments clés, dont les prix, les services offerts et l'opportunité d'investir dans des installations et du matériel. Et, plus important encore dans la présente affaire, il restreint également son

assets it owns: it must obtain authorization from its regulator before selling an asset previously used to produce regulated services (see MacAvoy and Sidak, at p. 234).

5 Against this backdrop, the Court is being asked to determine whether the Board has jurisdiction pursuant to its enabling statutes to allocate a portion of the net gain on the sale of a now discarded utility asset to the rate-paying customers of the utility when approving the sale. Subsequently, if this first question is answered affirmatively, the Court must consider whether the Board's exercise of its jurisdiction was reasonable and within the limits of its jurisdiction: was it allowed, in the circumstances of this case, to allocate a portion of the net gain on the sale of the utility to the rate-paying customers?

6 The customers' interests are represented in this case by the City of Calgary ("City") which argues that the Board can determine how to allocate the proceeds pursuant to its power to approve the sale and protect the public interest. I find this position unconvincing.

7 The interpretation of the *Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. A-17 ("AEUBA"), the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. P-45 ("PUBA"), and the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 ("GUA") (see Appendix for the relevant provisions of these three statutes), can lead to only one conclusion: the Board does not have the prerogative to decide on the distribution of the net gain from the sale of assets of a utility. The Board's seemingly broad powers to make any order and to impose any additional conditions that are necessary in the public interest has to be interpreted within the entire context of the statutes which are meant to balance the need to protect consumers as well as the property rights retained by owners, as recognized in a free market economy. The limits of the powers of the Board are grounded in its main function of fixing just and reasonable rates ("rate setting") and in protecting the integrity and dependability of the supply system.

pouvoir de vendre ses biens en dehors du cours normal de ses activités : son autorisation doit être obtenue pour la vente d'un bien affecté jusqu'alors à la prestation d'un service réglementé (voir MacAvoy et Sidak, p. 234).

C'est dans ce contexte qu'on demande à notre Cour de déterminer si, lorsqu'elle autorise un service public à vendre un bien désaffecté, la Commission peut, suivant ses lois habilitantes, attribuer aux clients une partie du gain net obtenu. Dans l'affirmative, il nous faut décider si la Commission a raisonnablement exercé son pouvoir et respecté les limites de sa compétence : était-elle autorisée, en l'espèce, à attribuer une partie du gain net aux clients?

La ville de Calgary (« Ville ») défend les intérêts des clients dans le cadre du présent pourvoi. Elle soutient que la Commission peut décider de l'attribution du produit de la vente en vertu de son pouvoir d'autoriser ou non l'opération et de protéger l'intérêt public. Cette thèse me paraît peu convaincante.

L'analyse de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. A-17 (« AEUBA »), de la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. P-45 (« PUBA »), et de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, ch. G-5 (« GUA ») (voir leurs dispositions pertinentes en annexe) mène à une seule conclusion : la Commission n'a pas le pouvoir de décider de la répartition du gain net tiré de la vente d'un bien par un service public. Son pouvoir apparemment vaste de rendre toute décision et d'imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public doit être interprété dans le contexte global des lois en cause qui visent à protéger non seulement le consommateur, mais aussi le droit de propriété reconnu au propriétaire dans une économie de libre marché. Les limites du pouvoir de la Commission sont inhérentes à sa principale fonction qui consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables (la tarification) et à préserver l'intégrité et la fiabilité du réseau d'alimentation.

1.1 *Overview of the Facts*

ATCO Gas - South ("AGS"), which is a division of ATCO Gas and Pipelines Ltd. ("ATCO"), filed an application by letter with the Board pursuant to s. 25.1(2) (now s. 26(2)) of the GUA, for approval of the sale of its properties located in Calgary known as Calgary Stores Block (the "property"). The property consisted of land and buildings; however, the main value was in the land, and the purchaser intended to and did eventually demolish the buildings and redevelop the land. According to AGS, the property was no longer used or useful for the provision of utility services, and the sale would not cause any harm to customers. In fact, AGS suggested that the sale would result in cost savings to customers, by allowing the net book value of the property to be retired and withdrawn from the rate base, thereby reducing rates. ATCO requested that the Board approve the sale transaction and the disposition of the sale proceeds to retire the remaining book value of the sold assets, to recover the disposition costs, and to recognize the balance of the profits resulting from the sale of the plant should be paid to shareholders. The Board dealt with the application in writing, without witnesses or an oral hearing. Other parties making written submissions to the Board were the City of Calgary, the Federation of Alberta Gas Co-ops Ltd., Gas Alberta Inc. and the Municipal Interveners, who all opposed ATCO's position with respect to the disposition of the sale proceeds to shareholders.

1.2 *Judicial History*

1.2.1 Alberta Energy and Utilities Board

1.2.1.1 *Decision 2001-78*

In a first decision, which considered ATCO's application to approve the sale of the property, the Board employed a "no-harm" test, assessing the potential impact on both rates and the level of service to customers and the prudence of the sale transaction, taking into account the purchaser and tender or sale process followed. The Board was of the view that the test had been satisfied. It was

1.1 *Aperçu des faits*

8 ATCO Gas - South (« AGS »), une filiale d'ATCO Gas and Pipelines Ltd. (« ATCO »), a fait parvenir à la Commission une lettre dans laquelle elle lui demandait, en application du par. 25.1(2) (l'actuel par. 26(2)) de la GUA, l'autorisation de vendre des biens situés à Calgary (le *Calgary Stores Block*). Ces biens étaient constitués d'un terrain et de bâtiments, mais c'est le terrain qui présentait le plus grand intérêt, et l'acquéreur comptait démolir les bâtiments et réaménager le terrain, ce qu'il a d'ailleurs fait. Devant la Commission, AGS a indiqué que les biens n'étaient plus utilisés pour fournir un service public ni susceptibles de l'être et que leur vente ne causerait aucun préjudice aux clients. AGS a en fait laissé entendre que l'opération se traduirait par une économie pour les clients du fait que la valeur comptable nette des biens ne serait plus prise en compte dans l'établissement de la base tarifaire, diminuant d'autant les tarifs. ATCO a demandé à la Commission d'autoriser l'opération et l'affectation du produit de la vente au paiement du solde de la valeur comptable et au recouvrement des frais d'aliénation, puis de permettre le versement du gain net aux actionnaires. La Commission a examiné la demande sur dossier sans entendre de témoins ni tenir d'audience. La Ville, Federation of Alberta Gas Co-ops Ltd., Gas Alberta Inc. et des intervenants municipaux ont déposé des observations écrites. Tous s'opposaient à ce que le produit de la vente soit attribué aux actionnaires comme le préconisait ATCO.

1.2 *Historique judiciaire*

1.2.1 La Commission

1.2.1.1 *Décision 2001-78*

9 Dans une première décision relative à la demande d'autorisation de la vente des biens, la Commission a appliqué le critère de l'« absence de préjudice » et soupesé les répercussions possibles sur les tarifs et la qualité des services offerts aux clients, ainsi que l'opportunité de l'opération, compte tenu de l'acquéreur et de la procédure d'appel d'offres ou de vente suivie. Elle a conclu à l'« absence de

persuaded that customers would not be harmed by the sale, given that a prudent lease arrangement to replace the sold facility had been concluded. The Board was satisfied that there would not be a negative impact on customers' rates, at least during the five-year initial term of the lease. In fact, the Board concluded that there would be cost savings to the customers and that there would be no impact on the level of service to customers as a result of the sale. It did not make a finding on the specific impact on future operating costs; for example, it did not consider the costs of the lease arrangement entered into by ATCO. The Board noted that those costs could be reviewed by the Board in a future general rate application brought by interested parties.

1.2.1.2 *Decision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL)*

10 In a second decision, the Board determined the allocation of net sale proceeds. It reviewed the regulatory policy and general principles which affected the decision, although no specific matters are enumerated for consideration in the applicable legislative provisions. The Board had previously developed a "no-harm" test, and it reviewed the rationale for the test as summarized in its Decision 2001-65 (*Re ATCO Gas-North*): "The Board considers that its power to mitigate or offset potential harm to customers by allocating part or all of the sale proceeds to them, flows from its very broad mandate to protect consumers in the public interest" (p. 16).

11 The Board went on to discuss the implications of the Alberta Court of Appeal decision in *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171, referring to various decisions it had rendered in the past. Quoting from its Decision 2000-41 (*Re TransAlta Utilities Corp.*), the Board summarized the "*TransAlta Formula*":

> In subsequent decisions, the Board has interpreted the Court of Appeal's conclusion to mean that where the sale price exceeds the original cost of the assets, shareholders are entitled to net book value (in historical dollars), customers are entitled to the difference between

préjudice ». Elle s'est dite convaincue que la vente ne serait pas préjudiciable aux clients étant donné l'entente de location judicieusement conclue en vue du remplacement des installations vendues. Elle a estimé qu'il n'y aurait pas d'effet négatif sur les tarifs exigés des clients, du moins les cinq premières années de la location. La Commission a en fait jugé que la vente permettrait aux clients d'obtenir les mêmes services à meilleur prix. Elle ne s'est pas prononcée sur les effets de l'opération sur les frais d'exploitation futurs; à titre d'exemple, elle n'a pas tenu compte des frais liés à l'entente de location conclue par ATCO. La Commission a dit que les parties intéressées et elle pourraient se pencher sur ces frais dans le cadre d'une demande générale d'approbation de tarifs.

1.2.1.2 *Décision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL)*

Dans une deuxième décision, la Commission a décidé de l'attribution du produit net de la vente. Elle a fait état de la politique réglementaire et des principes généraux présidant à la décision, même si les dispositions législatives applicables n'énumèrent pas les facteurs précis devant être pris en compte. Elle a fait mention du critère de l'« absence de préjudice » élaboré auparavant et dont elle avait résumé la raison d'être dans sa décision 2001-65 (*Re ATCO Gas-North*) : [TRADUCTION] « La Commission estime que son pouvoir de limiter ou de compenser le préjudice que pourraient subir les clients en leur attribuant tout ou partie du produit de la vente découle de son vaste mandat de protéger les clients dans l'intérêt public » (p. 16).

La Commission a ensuite analysé les répercussions de l'arrêt *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171, de la Cour d'appel de l'Alberta, en se référant à différentes décisions qu'elle avait rendues. Citant sa décision 2000-41 (*Re TransAlta Utilities Corp.*), voici comment elle a résumé la « *formule TransAlta* » :

> [TRADUCTION] Dans des décisions subséquentes, la Commission a conclu que pour la Cour d'appel, lorsque le prix de vente des biens est plus élevé que leur coût historique, les actionnaires ont droit à la valeur comptable nette (en fonction de la valeur historique),

net book value and original cost, and any appreciation in the value of the assets (i.e. the difference between original cost and the sale price) is to be shared by shareholders and customers. The amount to be shared by each is determined by multiplying the ratio of sale price/original cost to the net book value (for shareholders) and the difference between original cost and net book value (for customers). However, where the sale price does not exceed original cost, customers are entitled to all of the gain on sale. [para. 27]

The Board also referred to Decision 2001-65, where it had clarified the following:

In the Board's view, if the TransAlta Formula yields a result greater than the no-harm amount, customers are entitled to the greater amount. If the TransAlta Formula yields a result less than the no-harm amount, customers are entitled to the no-harm amount. In the Board's view, this approach is consistent with its historical application of the TransAlta Formula. [para. 28]

On the issue of its jurisdiction to allocate the net proceeds of a sale, the Board in the present case stated:

The fact that a regulated utility must seek Board approval before disposing of its assets is sufficient indication of the limitations placed by the legislature on the property rights of a utility. In appropriate circumstances, the Board clearly has the power to prevent a utility from disposing of its property. In the Board's view it also follows that the Board can approve a disposition subject to appropriate conditions to protect customer interests.

Regarding AGS's argument that allocating more than the no-harm amount to customers would amount to retrospective ratemaking, the Board again notes the decision in the TransAlta Appeal. The Court of Appeal accepted that the Board could include in the definition of "revenue" an amount payable to customers representing excess depreciation paid by them through past rates. In the Board's view, no question of retrospective ratemaking arises in cases where previously regulated rate base assets are being disposed of out of rate base and the Board applies the TransAlta Formula.

les clients ont droit à la différence entre la valeur comptable nette et le coût historique, et toute appréciation des biens (c.-à-d. la différence entre le coût historique et le prix de vente) est répartie entre les actionnaires et les clients. Le montant attribué aux actionnaires est calculé en multipliant le ratio prix de vente/coût historique par la valeur comptable nette et celui qui revient aux clients est obtenu en multipliant ce ratio par la différence entre le coût historique et la valeur comptable nette. Toutefois, lorsque le prix de vente n'est pas supérieur au coût historique, les clients ont droit à la totalité du gain réalisé lors de la vente. [par. 27]

La Commission a également cité la décision 2001-65 renfermant les explications suivantes :

[TRADUCTION] Selon la Commission, lorsque l'application de la formule TransAlta donne un montant supérieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice, les clients ont droit au montant plus élevé. Par contre, lorsqu'elle débouche sur un montant inférieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice, les clients ont droit à ce dernier montant. De plus, cette approche est compatible avec la manière dont elle a appliqué jusqu'à maintenant la formule TransAlta. [par. 28]

En ce qui concerne son pouvoir de répartir le produit net de la vente, la Commission a dit : 12

[TRADUCTION] Le fait qu'un service public réglementé doive obtenir de la Commission l'autorisation de se départir d'un bien montre que l'assemblée législative a voulu limiter son droit de propriété. Dans certaines circonstances, la Commission a clairement le pouvoir d'empêcher un service public de se départir d'un bien. Selon nous, il s'ensuit également que la Commission peut autoriser une aliénation en l'assortissant de conditions aptes à protéger les intérêts des clients.

Pour ce qui est de l'argument d'AGS selon lequel l'attribution aux clients d'un montant supérieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice équivaudrait à une tarification rétroactive, la Commission cite à nouveau l'arrêt *TransAlta* dans lequel la Cour d'appel a reconnu que la Commission pouvait assimiler à un « revenu » un montant payable aux clients pour les indemniser de l'amortissement excédentaire pris en compte dans la tarification antérieure. Il ne saurait y avoir de tarification rétroactive lorsqu'un service public se dessaisit d'un bien auparavant inclus dans la base tarifaire et que la Commission applique la formule TransAlta.

The Board is not persuaded by the Company's argument that the Stores Block assets are now 'non-utility' by virtue of being 'no longer required for utility service'. The Board notes that the assets could still be providing service to regulated customers. In fact, the services formerly provided by the Stores Block assets continue to be required, but will be provided from existing and newly leased facilities. Furthermore, the Board notes that even when an asset and the associated service it was providing to customers is no longer required the Board has previously allocated more than the no-harm amount to customers where proceeds have exceeded the original cost of the asset. [paras. 47-49]

13 The Board went on to apply the no-harm test to the present facts. It noted that in its decision on the application for the approval of the sale, it had already considered the no-harm test to be satisfied. However, in that first decision, it had not made a finding with respect to the specific impact on future operating costs, including the particular lease arrangement being entered into by ATCO.

14 The Board then reviewed the submissions with respect to the allocation of the net gain and rejected the submission that if the new owner had no use of the buildings on the land, this should affect the allocation of net proceeds. The Board held that the buildings did have some present value but did not find it necessary to fix a specific value. The Board recognized and confirmed that the *TransAlta Formula* was one whereby the "windfall" realized when the proceeds of sale exceed the original cost could be shared between customers and shareholders. It held that it should apply the formula in this case and that it would consider the gain on the transaction as a whole, not distinguishing between the proceeds allocated to land separately from the proceeds allocated to buildings.

15 With respect to allocation of the gain between customers and shareholders of ATCO, the Board tried to balance the interests of both the customers' desire for safe reliable service at a reasonable cost with the provision of a fair return on the investment made by the company:

L'argument de la société voulant que les biens (le *Calgary Stores Block*) ne soient plus des biens du service public parce qu'ils ne sont plus requis pour fournir le service ne nous convainc pas. La Commission signale que les biens pourraient encore servir à la prestation de services destinés aux clients de l'entreprise réglementée. En fait, les services anciennement fournis grâce aux biens demeurent requis, mais leur prestation sera assurée par des installations existantes et des installations récemment louées. La Commission note de plus que même dans le cas où un bien et le service qu'il fournissait aux clients ne sont plus requis, elle a déjà attribué plus que le montant obtenu par l'application du critère de l'absence de préjudice lorsque le produit de l'aliénation a été supérieur au coût historique. [par. 47-49]

La Commission a ensuite appliqué le critère de l'absence de préjudice aux faits de l'espèce. Elle a signalé que, dans sa décision relative à la demande d'autorisation, elle avait conclu au respect de ce critère, mais n'avait alors tiré aucune conclusion concernant l'incidence sur les frais d'exploitation, notamment l'entente de location obtenue par ATCO.

Puis, après avoir examiné les observations portant sur l'attribution du gain net, la Commission a rejeté l'argument selon lequel le fait que le nouveau propriétaire n'utiliserait pas les bâtiments situés sur le terrain était déterminant à cet égard. Elle a conclu que les bâtiments avaient alors une certaine valeur, mais elle n'a pas jugé nécessaire de la préciser. Elle a reconnu et confirmé que suivant la *formule TransAlta*, le profit inattendu réalisé lorsque le produit de la vente excède le coût historique pouvait être réparti entre les clients et les actionnaires. Elle a estimé qu'il y avait lieu en l'espèce d'appliquer la formule et de tenir compte de la totalité du gain issu de l'opération sans dissocier la partie attribuable au terrain et celle correspondant aux bâtiments.

Pour ce qui est de la répartition du gain entre les clients et les actionnaires d'ATCO, la Commission a tenté de mettre en balance la volonté des clients d'obtenir des services à la fois sûrs et fiables à un prix raisonnable et celle des investisseurs de toucher un rendement raisonnable :

To award the entire net gain on the land and buildings to the customers, while beneficial to the customers, could establish an environment that may deter the process wherein the company continually assesses its operation to identify, evaluate, and select options that continually increase efficiency and reduce costs.

Conversely, to award the entire net gain to the company may establish an environment where a regulated utility company might be moved to speculate in non-depreciable property or result in the company being motivated to identify and sell existing properties where appreciation has already occurred. [paras. 112-13]

The Board went on to conclude that the sharing of the net gain on the sale of the land and buildings collectively, in accordance with the *TransAlta Formula*, was equitable in the circumstances of this application and was consistent with past Board decisions.

The Board determined that from the gross proceeds of $6,550,000, ATCO should receive $465,000 to cover the cost of disposition ($265,000) and the provision for environmental remediation ($200,000), the shareholders should receive $2,014,690, and $4,070,310 should go to the customers. Of the amount credited to shareholders, $225,245 was to be used to remove the remaining net book value of the property from ATCO's accounts. Of the amount allocated to customers, $3,045,813 was allocated to ATCO Gas - South customers and $1,024,497 to ATCO Pipelines - South customers.

1.2.2 Court of Appeal of Alberta ((2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 2004 ABCA 3)

ATCO appealed the Board's decision. It argued that the Board did not have any jurisdiction to allocate the proceeds of sale and that the proceeds should have been allocated entirely to the shareholders. In its view, allowing customers to share in the proceeds of sale would result in them benefiting twice, since they had been spared the costs of renovating the sold assets and would enjoy cost savings from the lease arrangements. The Court of Appeal of Alberta agreed with ATCO, allowing the appeal and setting aside the Board's decision. The

[TRADUCTION] Il serait avantageux pour les clients de leur attribuer la totalité du profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments, mais cela pourrait dissuader la société de soumettre son fonctionnement à une analyse continue afin de trouver des moyens d'améliorer son rendement et de réduire ses coûts de manière constante.

À l'inverse, attribuer à l'entreprise réglementée la totalité du profit net pourrait encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'est déjà accrue et leur aliénation. [par. 112-113]

16 La Commission a poursuivi en concluant que le partage du gain net résultant globalement de la vente du terrain et des bâtiments, selon la *formule TransAlta*, était équitable dans les circonstances et conforme à ses décisions antérieures.

17 Elle a décidé de répartir le produit brut de la vente (6 550 000 $) comme suit : 465 000 $ à ATCO pour les frais d'aliénation (265 000 $) et la dépollution (200 000 $), 2 014 690 $ aux actionnaires et 4 070 310 $ aux clients. Un montant de 225 245 $ devait être prélevé de la somme attribuée aux actionnaires pour radier des registres d'ATCO la valeur comptable nette des biens vendus. De la somme attribuée aux clients, 3 045 813 $ étaient alloués aux clients d'ATCO Gas - South et 1 024 497 $ à ceux d'ATCO Pipelines - South.

1.2.2 La Cour d'appel de l'Alberta ((2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 2004 ABCA 3)

18 ATCO a interjeté appel de la décision. Elle a fait valoir que la Commission n'avait pas compétence pour attribuer le produit de la vente, qui aurait dû revenir en entier aux actionnaires. Selon elle, en touchant une partie du produit de la vente, les clients gagnaient sur tous les tableaux puisqu'ils n'avaient pas supporté le coût de la rénovation des biens vendus et qu'ils profiteraient d'économies grâce à l'entente de location. La Cour d'appel de l'Alberta lui a donné raison, accueillant l'appel et annulant la décision. Elle a renvoyé l'affaire à la

matter was referred back to the Board, and the Board was directed to allocate the entire amount appearing in Line 11 of the allocation of proceeds, entitled "Remainder to be Shared" to ATCO. For the reasons that follow, the Court of Appeal's decision should be upheld, in part; it did not err when it held that the Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale to ratepayers.

2. Analysis

2.1 *Issues*

19 There is an appeal and a cross-appeal in this case: an appeal by the City in which it submits that, contrary to the Court of Appeal's decision, the Board had jurisdiction to allocate a portion of the net gain on the sale of a utility asset to the rate-paying customers, even where no harm to the public was found at the time the Board approved the sale, and a cross-appeal by ATCO in which it questions the Board's jurisdiction to allocate any of ATCO's proceeds from the sale to customers. In particular, ATCO contends that the Board has no jurisdiction to make an allocation to rate-paying customers, equivalent to the accumulated depreciation calculated for prior years. No matter how the issue is framed, it is evident that the crux of this appeal lies in whether the Board has the jurisdiction to distribute the gain on the sale of a utility company's asset.

20 Given my conclusion on this issue, it is not necessary for me to consider whether the Board's allocation of the proceeds in this case was reasonable. Nevertheless, as I note at para. 82, I will direct my attention briefly to the question of the exercise of discretion in view of my colleague's reasons.

2.2 *Standard of Review*

21 As this appeal stems from an administrative body's decision, it is necessary to determine the appropriate level of deference which must be shown to the body. Wittmann J.A., writing for the Court of Appeal, concluded that the issue of jurisdiction of the Board attracted a standard of correctness. ATCO concurs with this conclusion. I agree. No deference should be shown for the Board's

Commission, lui enjoignant d'attribuer à ATCO la totalité du solde à répartir selon la ligne 11 du tableau d'attribution du produit de la vente. Pour les motifs qui suivent, il y a lieu de confirmer en partie le jugement de la Cour d'appel, qui n'a pas eu tort de statuer que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente aux clients.

2. Analyse

2.1 *Questions en litige*

Nous sommes saisis d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. Dans son pourvoi, la Ville affirme que contrairement à ce qu'a estimé la Cour d'appel, la Commission avait le pouvoir d'attribuer aux clients une partie du gain net résultant de la vente d'un bien affecté au service public même si elle avait conclu, au moment d'autoriser la vente, qu'aucun préjudice ne serait causé au public. Dans son pourvoi incident, ATCO conteste le pouvoir de la Commission d'attribuer aux clients toute partie du produit de la vente. Elle soutient en particulier que la Commission n'a pas le pouvoir de leur attribuer l'équivalent de l'amortissement calculé les années antérieures. Peu importe la formulation de la question en litige, notre Cour est appelée en l'espèce à décider si la Commission a le pouvoir d'attribuer le gain net tiré de la vente d'un bien d'une entreprise de services publics.

Vu la conclusion à laquelle j'arrive, point n'est besoin de se demander si la Commission a raisonnablement réparti le produit de la vente. Néanmoins, comme je le signale au par. 82, vu les motifs de mon collègue, je me penche brièvement sur la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

2.2 *Norme de contrôle*

Une décision administrative étant à l'origine du présent pourvoi, il faut déterminer le degré de déférence auquel a droit l'organisme qui l'a rendue. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Wittmann a conclu que la question de la compétence de la Commission commandait l'application de la norme de la décision correcte. ATCO en convient, et moi aussi. Il n'y a pas lieu de faire preuve de

decision with regard to its jurisdiction on the allocation of the net gain on sale of assets. An inquiry into the factors enunciated by this Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, confirms this conclusion, as does the reasoning in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19.

déférence à l'égard de la décision de la Commission concernant son pouvoir d'attribuer le gain net tiré de la vente des biens. L'examen des facteurs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, confirme cette conclusion, tout comme son raisonnement dans l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19.

Although it is not necessary to conduct a full analysis of the standard of review in this case, I will address the issue briefly in light of the fact that Binnie J. deals with the exercise of discretion in his reasons for judgment. The four factors that need to be canvassed in order to determine the appropriate standard of review of an administrative tribunal decision are: (1) the existence of a privative clause; (2) the expertise of the tribunal/board; (3) the purpose of the governing legislation and the particular provisions; and (4) the nature of the problem (*Pushpanathan*, at paras. 29-38). 22

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'approfondir la question de la norme de contrôle applicable en l'espèce, je l'examinerai brièvement puisque, dans ses motifs, le juge Binnie se prononce sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Les quatre facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif sont les suivants : (1) l'existence d'une clause privative; (2) l'expertise du tribunal ou de l'organisme; (3) l'objet de la loi applicable et des dispositions en cause; (4) la nature du problème (*Pushpanathan*, par. 29-38).

In the case at bar, one should avoid a hasty characterizing of the issue as "jurisdictional" and subsequently be tempted to skip the pragmatic and functional analysis. A complete examination of the factors is required. 23

Dans la présente affaire, il faut se garder de conclure hâtivement que la question en litige en est une de « compétence » puis de laisser tomber l'analyse pragmatique et fonctionnelle. L'examen exhaustif des facteurs s'impose.

First, s. 26(1) of the AEUBA grants a right of appeal, but in a limited way. Appeals are allowed on a question of jurisdiction or law and only after leave to appeal is obtained from a judge: 24

Premièrement, le par. 26(1) de l'AEUBA prévoit un droit d'appel restreint qui ne peut être exercé que sur une question de compétence ou de droit et seulement avec l'autorisation d'un juge :

26(1) Subject to subsection (2), an appeal lies from the Board to the Court of Appeal on a question of jurisdiction or on a question of law.

(2) Leave to appeal may be obtained from a judge of the Court of Appeal only on an application made

(a) within 30 days from the day that the order, decision or direction sought to be appealed from was made, or

(b) within a further period of time as granted by the judge where the judge is of the opinion that the circumstances warrant the granting of that further period of time.

[TRADUCTION]

26(1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel sur une question de droit ou de compétence.

(2) L'autorisation d'appel ne peut être obtenue d'un juge de la Cour d'appel que sur demande présentée

a) dans les 30 jours qui suivent l'ordonnance, la décision ou la directive en cause ou

b) dans le délai supplémentaire que le juge estime justifié d'accorder dans les circonstances.

In addition, the AEUBA includes a privative clause which states that every action, order, ruling or decision of the Board is final and shall not be questioned, reviewed or restrained by any proceeding in the nature of an application for judicial review or otherwise in any court (s. 27).

25 The presence of a statutory right of appeal on questions of jurisdiction and law suggests a more searching standard of review and less deference to the Board on those questions (see *Pushpanathan*, at para. 30). However, the presence of the privative clause and right to appeal are not decisive, and one must proceed with the examination of the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters.

26 Second, as observed by the Court of Appeal, no one disputes the fact that the Board is a specialized body with a high level of expertise regarding Alberta's energy resources and utilities (see, e.g., *Consumers' Gas Co. v. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL) (Div. Ct.), at para. 2; *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374 (C.A.), at para. 14. In fact, the Board is a permanent tribunal with a long-term regulatory relationship with the regulated utilities.

27 Nevertheless, the Court is concerned not with the general expertise of the administrative decision maker, but with its expertise in relation to the specific nature of the issue before it. Consequently, while normally one would have assumed that the Board's expertise is far greater than that of a court, the nature of the problem at bar, to adopt the language of the Court of Appeal (para. 35), "neutralizes" this deference. As I will elaborate below, the expertise of the Board is not engaged when deciding the scope of its powers.

De plus, l'AEUBA renferme une clause d'immunité de contrôle (ou clause privative) prévoyant que toute mesure, ordonnance ou décision de la Commission est définitive et ne peut être contestée, révisée ou restreinte dans le cadre d'une instance judiciaire, y compris une demande de contrôle judiciaire (art. 27).

Le fait que la loi prévoit un droit d'appel sur une question de compétence ou de droit seulement permet de conclure à l'application d'une norme de contrôle plus stricte et donne à penser que notre Cour doit se montrer moins déférente vis-à-vis de la Commission relativement à ces questions (voir *Pushpanathan*, par. 30). Cependant, l'existence d'une clause d'immunité de contrôle et d'un droit d'appel n'est pas décisive, de sorte qu'il nous faut examiner la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif à cet égard.

Deuxièmement, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, nul ne conteste que la Commission est un organisme spécialisé doté d'une grande expertise en ce qui concerne les ressources et les services publics de l'Alberta dans le domaine énergétique (voir, p. ex., *Consumers' Gas Co. c. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL) (C. div.), par. 2; *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant c. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374 (C.A.), par. 14. Il s'agit en fait d'un tribunal administratif permanent qui régit depuis nombre d'années les services publics réglementés.

Quoi qu'il en soit, notre Cour s'intéresse non pas à l'expertise générale de l'instance administrative, mais à son expertise quant à la question précise dont elle est saisie. Par conséquent, même si l'on tiendrait normalement pour acquis que l'expertise de la Commission est beaucoup plus grande que celle d'une cour de justice, la nature de la question en litige « neutralise », pour reprendre le terme employé par la Cour d'appel (par. 35), la déférence qu'appelle cette considération. Comme je l'explique plus loin, l'expertise de la Commission n'est pas mise à contribution lorsqu'elle se prononce sur l'étendue de ses pouvoirs.

Third, the present case is governed by three pieces of legislation: the PUBA, the GUA and the AEUBA. These statutes give the Board a mandate to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the community by public utilities: *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557, at p. 576; *Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453 (C.A.), at paras. 20-22, aff'd [1977] 2 S.C.R. 822. The legislative framework at hand has as its main purpose the proper regulation of a gas utility in the public interest, more specifically the regulation of a monopoly in the public interest with its primary tool being rate setting, as I will explain later.

The particular provision at issue, s. 26(2)(d)(i) of the GUA, which requires a utility to obtain the approval of the regulator before it sells an asset, serves to protect the customers from adverse results brought about by any of the utility's transactions by ensuring that the economic benefits to customers are enhanced (MacAvoy and Sidak, at pp. 234-36).

While at first blush the purposes of the relevant statutes and of the Board can be conceived as a delicate balancing between different constituencies, i.e., the utility and the customer, and therefore entail determinations which are polycentric (*Pushpanathan*, at para. 36), the interpretation of the enabling statutes and the particular provisions under review (s. 26(2)(d) of the GUA and s. 15(3)(d) of the AEUBA) is not a polycentric question, contrary to the conclusion of the Court of Appeal. It is an inquiry into whether a proper construction of the enabling statutes gives the Board jurisdiction to allocate the profits realized from the sale of an asset. The Board was not created with the main purpose of interpreting the AEUBA, the GUA or the PUBA in the abstract, where no policy consideration is at issue, but rather to ensure that utility rates are always just and reasonable (see *Atco Ltd.*, at p. 576). In the case at bar, this protective role does not come into play. Hence, this factor points to a less deferential standard of review.

28 Troisièmement, trois lois s'appliquent en l'espèce : la PUBA, la GUA et l'AEUBA. Suivant ces lois, la Commission a pour mission de protéger l'intérêt public quant à la nature et à la qualité des services fournis à la collectivité par les entreprises de services publics : *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557, p. 576; *Dome Petroleum Ltd. c. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453 (C.A.), par. 20-22, conf. par [1977] 2 R.C.S. 822. L'objet premier de ce cadre législatif est de réglementer adéquatement un service de gaz dans l'intérêt public ou, plus précisément, de réglementer un monopole dans l'intérêt public, grâce principalement à l'établissement des tarifs. J'y reviendrai.

29 La disposition qui nous intéresse au premier chef, le sous-al. 26(2)d)(i) de la GUA, qui exige qu'un service public obtienne de l'organisme de réglementation l'autorisation de vendre un bien, vise à protéger les clients contre les effets préjudiciables de toute opération de l'entreprise en veillant à l'accroissement des avantages financiers qu'ils en tirent (MacAvoy et Sidak, p. 234-236).

30 Même si, à première vue, on peut considérer que l'objet des lois pertinentes et la raison d'être de la Commission sont de réaliser un équilibre délicat entre divers intéressés — le service public et les clients — et, par conséquent, qu'ils impliquent un processus décisionnel polycentrique (*Pushpanathan*, par. 36), l'interprétation des lois habilitantes et des dispositions en cause (al. 26(2)d) de la GUA et 15(3)d) de l'AEUBA) n'est pas, contrairement à ce qu'a conclu la Cour d'appel, une question polycentrique. Il s'agit plutôt de déterminer si, interprétées correctement, les lois habilitantes confèrent à la Commission le pouvoir d'attribuer le profit tiré de la vente d'un bien. Lorsque aucune question de principe n'est soulevée, le mandat premier de la Commission n'est pas d'interpréter l'AEUBA, la GUA ou la PUBA de manière abstraite, mais de veiller à ce que la tarification soit toujours juste et raisonnable (voir *Atco Ltd.*, p. 576). En l'espèce, ce rôle de protection n'entre pas en jeu. Partant, le troisième facteur commande l'application d'une norme de contrôle moins déférente.

31 Fourth, the nature of the problem underlying each issue is different. The parties are in essence asking the Court to answer two questions (as I have set out above), the first of which is to determine whether the power to dispose of the proceeds of sale falls within the Board's statutory mandate. The Board, in its decision, determined that it had the power to allocate a portion of the proceeds of a sale of utility assets to the ratepayers; it based its decision on its statutory powers, the equitable principles rooted in the "regulatory compact" (see para. 63 of these reasons) and previous practice. This question is undoubtedly one of law and jurisdiction. The Board would arguably have no greater expertise with regard to this issue than the courts. A court is called upon to interpret provisions that have no technical aspect, in contrast with the provision disputed in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28, at para. 86. The interpretation of general concepts such as "public interest" and "conditions" (as found in s. 15(3)(d) of the AEUBA) is not foreign to courts and is not derived from an area where the tribunal has been held to have greater expertise than the courts. The second question is whether the method and actual allocation in this case were reasonable. To resolve this issue, one must consider case law, policy justifications and the practice of other boards, as well as the details of the particular allocation in this case. The issue here is most likely characterized as one of mixed fact and law.

Quatrièmement, la nature du problème n'est pas la même pour chacune des questions en litige. Les parties demandent en substance à notre Cour de répondre à deux questions (énoncées précédemment). Premièrement, le pouvoir d'attribuer le produit de la vente relève-t-il du mandat légal de la Commission? Dans sa décision, cette dernière a statué qu'elle avait le pouvoir d'attribuer aux clients une partie du produit de la vente des biens d'un service public. Elle a invoqué à l'appui ses pouvoirs légaux, les principes d'équité inhérents au « pacte réglementaire » (voir par. 63 des présents motifs) et ses décisions antérieures. Il s'agit clairement d'une question de droit et de compétence. L'on pourrait soutenir que la Commission ne possède pas une plus grande expertise qu'une cour de justice à cet égard. Une cour de justice est appelée à interpréter des dispositions ne comportant aucun aspect technique, ce qui n'était pas le cas de la disposition en litige dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28, par. 86. Qui plus est, l'interprétation de notions générales comme l'« intérêt public » et l'« imposition de conditions » (que l'on retrouve à l'al. 15(3)d) de l'AEUBA), n'est pas étrangère à une cour de justice et n'appartient pas à un domaine dans lequel il a été jugé qu'un tribunal administratif avait une plus grande expertise qu'une cour de justice. Deuxièmement, la méthode employée en l'espèce et l'attribution en résultant étaient-elles raisonnables? Pour répondre à cette question, il faut examiner la jurisprudence, les considérations de principe et la pratique d'autres organismes, ainsi que le détail de l'attribution en l'espèce. Il s'agit en somme d'une question mixte de fait et de droit.

32 In light of the four factors, I conclude that each question requires a distinct standard of review. To determine the Board's power to allocate proceeds from a sale of utility assets suggests a standard of review of correctness. As expressed by the Court of Appeal, the focus of this inquiry remains on the particular provisions being invoked and interpreted by the tribunal (s. 26(2)(d) of the GUA and s. 15(3)(d) of the AEUBA) and "goes to jurisdiction"

Au vu des quatre facteurs, je conclus que chacune des questions en litige appelle une norme de contrôle distincte. Statuer sur le pouvoir de la Commission d'attribuer le produit de la vente d'un bien d'un service public requiert l'application de la norme de la décision correcte. Comme l'a dit la Cour d'appel, l'accent est mis sur les dispositions invoquées et interprétées par la Commission (al. 26(2)d) de la GUA et 15(3)d) de l'AEUBA) et la

(*Pushpanathan*, at para. 28). Moreover, keeping in mind all the factors discussed, the generality of the proposition will be an additional factor in favour of the imposition of a correctness standard, as I stated in *Pushpanathan*, at para. 38:

> . . . the broader the propositions asserted, and the further the implications of such decisions stray from the core expertise of the tribunal, the less likelihood that deference will be shown. Without an implied or express legislative intent to the contrary as manifested in the criteria above, legislatures should be assumed to have left highly generalized propositions of law to courts.

The second question regarding the Board's actual method used for the allocation of proceeds likely attracts a more deferential standard. On the one hand, the Board's expertise, particularly in this area, its broad mandate, the technical nature of the question and the general purposes of the legislation, all suggest a relatively high level of deference to the Board's decision. On the other hand, the absence of a privative clause on questions of jurisdiction and the reference to law needed to answer this question all suggest a less deferential standard of review which favours reasonableness. It is not necessary, however, for me to determine which specific standard would have applied here.

As will be shown in the analysis below, I am of the view that the Court of Appeal made no error of fact or law when it concluded that the Board acted beyond its jurisdiction by misapprehending its statutory and common law authority. However, the Court of Appeal erred when it did not go on to conclude that the Board has no jurisdiction to allocate *any* portion of the proceeds of sale of the property to ratepayers.

2.3 *Was the Board's Decision as to Its Jurisdiction Correct?*

Administrative tribunals or agencies are statutory creations: they cannot exceed the powers that were granted to them by their enabling statute; they

question « touche la compétence » (*Pushpanathan*, par. 28). De plus, gardant présents à l'esprit tous les facteurs considérés, le caractère général de la proposition est un autre élément qui milite en faveur de la norme de la décision correcte, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Pushpanathan* (par. 38) :

> . . . plus les propositions avancées sont générales, et plus les répercussions de ces décisions s'écartent du domaine d'expertise fondamental du tribunal, moins il est vraisemblable qu'on fasse preuve de retenue. En l'absence d'une intention législative implicite ou expresse à l'effet contraire manifestée dans les critères qui précèdent, on présumera que le législateur a voulu laisser aux cours de justice la compétence de formuler des énoncés de droit fortement généralisés.

33 La deuxième question, qui porte sur la méthode employée par la Commission pour attribuer le produit de la vente, appelle vraisemblablement une norme de contrôle plus déférente. D'une part, l'expertise de la Commission, dans ce domaine en particulier, son vaste mandat, la technicité de la question et l'objet général des lois en cause portent à croire que sa décision justifie un degré relativement élevé de déférence. D'autre part, l'absence d'une clause d'immunité de contrôle visant les questions de compétence et la nécessité de se référer au droit pour trancher la question, appellent l'application d'une norme de contrôle moins déférente privilégiant le caractère raisonnable de la décision. Il n'est toutefois pas nécessaire que je précise quelle norme de contrôle aurait été applicable en l'espèce.

34 Comme le montre l'analyse qui suit, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit lorsqu'elle a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence en se méprenant sur les pouvoirs que lui confèrent la loi et la common law. Cependant, elle a eu tort de ne pas conclure en outre que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer aux clients *quelque* partie du produit de la vente des biens.

2.3 *La Commission a-t-elle rendu une décision correcte au sujet de sa compétence?*

35 Un tribunal ou un organisme administratif est une création de la loi : il ne peut outrepasser les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, il doit

must "adhere to the confines of their statutory authority or 'jurisdiction'[; and t]hey cannot trespass in areas where the legislature has not assigned them authority": Mullan, at pp. 9-10 (see also S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3rd ed. 2001), at pp. 183-84).

36 In order to determine whether the Board's decision that it had the jurisdiction to allocate proceeds from the sale of a utility's asset was correct, I am required to interpret the legislative framework by which the Board derives its powers and actions.

2.3.1 General Principles of Statutory Interpretation

37 For a number of years now, the Court has adopted E. A. Driedger's modern approach as the method to follow for statutory interpretation (*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.

(See, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 186-87; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at para. 54; *Barrie Public Utilities*, at paras. 20 and 86; *Contino v. Leonelli-Contino*, [2005] 3 S.C.R. 217, 2005 SCC 63, at para. 19.)

38 But more specifically in the area of administrative law, tribunals and boards obtain their jurisdiction over matters from two sources: (1) express grants of jurisdiction under various statutes (explicit powers); and (2) the common law, by application of the doctrine of jurisdiction by necessary implication (implicit powers) (see also D. M. Brown, *Energy Regulation in Ontario* (loose-leaf ed.), at p. 2-15).

39 The City submits that it is both implicit and explicit within the express jurisdiction that has been

[TRADUCTION] « s'en tenir à son domaine de compétence et ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence » : Mullan, p. 9-10 (voir également S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3e éd. 2001), p. 183-184).

Pour décider si la Commission a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens d'un service public, je dois interpréter le cadre législatif à l'origine de ses attributions et de ses actes.

2.3.1 Principes généraux d'interprétation législative

Depuis un certain nombre d'années, notre Cour fait sienne l'approche moderne d'E. A. Driedger en matière d'interprétation des lois (*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.

(Voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 186-187; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 54; *Barrie Public Utilities*, par. 20 et 86; *Contino c. Leonelli-Contino*, [2005] 3 R.C.S. 217, 2005 CSC 63, par. 19.)

Toutefois, dans le domaine du droit administratif, plus particulièrement, la compétence des tribunaux et des organismes administratifs a deux sources : (1) l'octroi exprès par une loi (pouvoir explicite) et (2) la common law, suivant la doctrine de la déduction nécessaire (pouvoir implicite) (voir également D. M. Brown, *Energy Regulation in Ontario* (éd. feuilles mobiles), p. 2-15).

La Ville soutient que le pouvoir exprès de la Commission d'autoriser la vente des biens d'un

conferred upon the Board to approve or refuse to approve the sale of utility assets, that the Board can determine how to allocate the proceeds of the sale in this case. ATCO retorts that not only is such a power absent from the explicit language of the legislation, but it cannot be "implied" from the statutory regime as necessarily incidental to the explicit powers. I agree with ATCO's submissions and will elaborate in this regard.

2.3.2 Explicit Powers: Grammatical and Ordinary Meaning

As a preliminary submission, the City argues that given that ATCO applied to the Board for approval of both the sale transaction *and* the disposition of the proceeds of sale, this suggests that ATCO recognized that the Board has authority to allocate the proceeds as a condition of a proposed sale. This argument does not hold any weight in my view. First, the application for approval cannot be considered on its own an admission by ATCO of the jurisdiction of the Board. In any event, an admission of this nature would not have any bearing on the applicable law. Moreover, knowing that in the past the Board had decided that it had jurisdiction to allocate the proceeds of a sale of assets and had acted on this power, one can assume that ATCO was asking for the approval of the disposition of the proceeds should the Board not accept their argument on jurisdiction. In fact, a review of past Board decisions on the approval of sales shows that utility companies have constantly challenged the Board's jurisdiction to allocate the net gain on the sale of assets (see, e.g., *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Decision 2000-41; *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Decision 2001-65; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL)).

The starting point of the analysis requires that the Court examine the ordinary meaning of the sections at the centre of the dispute, s. 26(2)(d)(i) of the GUA, ss. 15(1) and 15(3)(d) of the AEUBA and

service public englobe — implicitement et explicitement — celui de décider de l'attribution du produit de la vente. ATCO réplique que non seulement ce pouvoir n'est pas expressément prévu par la loi, mais qu'on ne peut « déduire » du régime législatif qu'il découle nécessairement du pouvoir exprès. Je suis d'accord avec elle et voici pourquoi.

2.3.2 Pouvoir explicite : sens grammatical et ordinaire

40 La Ville soutient à titre préliminaire qu'en lui demandant d'autoriser la vente des biens *et* l'attribution du produit de l'opération, ATCO a reconnu le pouvoir de la Commission d'imposer, comme condition de l'autorisation, une certaine attribution du produit de la vente projetée. À mon avis, l'argument ne tient pas. D'abord, la demande d'autorisation ne peut à elle seule être considérée comme une reconnaissance de la compétence de la Commission. De toute manière, une telle reconnaissance ne serait pas déterminante quant au droit applicable. De plus, sachant que, par le passé, la Commission avait jugé être investie du pouvoir d'attribuer le produit de la vente et avait exercé ce pouvoir, on peut présumer qu'ATCO lui a demandé d'autoriser l'attribution du produit de la vente pour le cas où elle rejetterait sa prétention relative à la compétence. En fait, il appert des décisions antérieures de la Commission d'autoriser ou non une opération que les entreprises de services publics contestent systématiquement son pouvoir d'attribuer le gain net en résultant (voir, p. ex., *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Décision 2000-41; *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Décision 2001-65; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL)).

41 L'analyse exige au départ qu'on se penche sur le sens ordinaire des dispositions au cœur du litige, savoir le sous-al. 26(2)d)(i) de la GUA, le par. 15(1) et l'al. 15(3)d) de l'AEUBA et l'art. 37 de la

s. 37 of the PUBA. For ease of reference, I reproduce these provisions:

GUA

26. . . .

(2) No owner of a gas utility designated under subsection (1) shall

. . .

(d) without the approval of the Board,

(i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them

. . .

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a gas utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

AEUBA

15(1) For the purposes of carrying out its functions, the Board has all the powers, rights and privileges of the ERCB [Energy Resources Conservation Board] and the PUB [Public Utilities Board] that are granted or provided for by any enactment or by law.

. . .

(3) Without restricting subsection (1), the Board may do all or any of the following:

. . .

(d) with respect to an order made by the Board, the ERCB or the PUB in respect of matters referred to in clauses (a) to (c), make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest;

. . .

PUBA. Pour faciliter leur consultation, en voici le texte :

[TRADUCTION]

GUA

26. . . .

(2) Le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe (1) ne peut

. . .

d) sans l'autorisation de la Commission,

(i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,

. . .

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

AEUBA

15(1) Dans l'exercice de ses fonctions, la Commission jouit des pouvoirs, des droits et des privilèges qu'un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable confère à l'ERCB [Energy Resources Conservation Board] et à la PUB [Public Utilities Board].

. . .

(3) Sans limiter la portée du paragraphe (1), la Commission peut prendre les mesures suivantes, en totalité ou en partie :

. . .

d) à l'égard d'une ordonnance rendue par elle, l'ERCB ou la PUB en application des alinéas a) à c), rendre toute autre ordonnance et imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public;

. . .

PUBA

37 In matters within its jurisdiction the Board may order and require any person or local authority to do forthwith or within or at a specified time and in any manner prescribed by the Board, so far as it is not inconsistent with this Act or any other Act conferring jurisdiction, any act, matter or thing that the person or local authority is or may be required to do under this Act or under any other general or special Act, and may forbid the doing or continuing of any act, matter or thing that is in contravention of any such Act or of any regulation, rule, order or direction of the Board.

Some of the above provisions are duplicated in the other two statutes (see, e.g., PUBA, ss. 85(1) and 101(2)(d)(i); GUA, s. 22(1); see Appendix).

There is no dispute that s. 26(2) of the GUA contains a prohibition against, among other things, the owner of a utility selling, leasing, mortgaging or otherwise disposing of its property outside of the ordinary course of business without the approval of the Board. As submitted by ATCO, the power conferred is to approve without more. There is no mention in s. 26 of the grounds for granting or denying approval or of the ability to grant conditional approval, let alone the power of the Board to allocate the net profit of an asset sale. I would note in passing that this power is sufficient to alleviate the fear expressed by the Board that the utility might be tempted to sell assets on which it might realize a large profit to the detriment of ratepayers if it could reap the benefits of the sale.

It is interesting to note that s. 26(2) does not apply to all types of sales (and leases, mortgages, dispositions, encumbrances, mergers or consolidations). It excludes sales in the ordinary course of the owner's business. If the statutory scheme was such that the Board had the power to allocate the proceeds of the sale of utility assets, as argued here, s. 26(2) would naturally apply to all sales of assets or, at a minimum, exempt only those sales below a certain value. It is apparent that allocation of sale proceeds to customers is not one of its purposes. In fact, s. 26(2) can only have limited, if any, application to non-utility assets not related to utility function (especially when the sale has passed the "no-harm"

PUBA

37 Dans les domaines de sa compétence, la Commission peut ordonner et exiger qu'une personne, y compris une administration municipale, immédiatement ou dans le délai qu'elle impartit et selon les modalités qu'elle détermine, à condition que ce ne soit pas incompatible avec la présente loi ou une autre conférant compétence, fasse ce qu'elle est tenue de faire ou susceptible d'être tenue de faire suivant la présente loi ou toute autre, générale ou spéciale, et elle peut interdire ou faire cesser tout ce qui contrevient à ces lois ou à ses règles, ses ordonnances ou ses directives.

Certaines de ces dispositions figurent également dans les deux autres lois (voir, p. ex., le par. 85(1) et le sous-al. 101(2)d)(i) de la PUBA; le par. 22(1) de la GUA; texte en annexe). 42

Nul ne conteste que le par. 26(2) de la GUA interdit entre autres au propriétaire d'un service public d'aliéner ses biens, notamment par vente, location ou constitution d'hypothèque, sans l'autorisation de la Commission, sauf dans le cours normal des activités de l'entreprise. Comme l'a fait valoir ATCO, la Commission a le pouvoir d'autoriser l'opération, sans plus. L'article 26 ne fait aucune mention des raisons pour lesquelles l'autorisation peut être accordée ou refusée ni de la faculté d'autoriser l'opération à certaines conditions, encore moins du pouvoir d'attribuer le profit net réalisé. Je signale au passage que le pouvoir conféré au par. 26(2) suffit à dissiper la crainte de la Commission que le service public soit tenté de vendre ses biens à fort profit, au détriment des clients, si le bénéfice tiré de la vente lui revient entièrement. 43

Il est intéressant de noter que le par. 26(2) ne s'applique pas à tous les types de vente (ainsi que de location, de constitution d'hypothèque, d'aliénation, de grèvement ou de fusion). En effet, il prévoit une exception pour la vente effectuée dans le cours normal des activités de l'entreprise. Si le régime législatif conférait à la Commission le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens d'un service public, comme on le prétend en l'espèce, il va de soi que le par. 26(2) s'appliquerait à toute vente de biens ou, à tout le moins, ne prévoirait une exception que pour la vente n'excédant pas un certain montant. Il appert que l'attribution du produit de la vente aux clients n'est pas l'un de ses objets. 44

test). The provision can only be meant to ensure that the asset in question is indeed non-utility, so that its loss does not impair the utility function or quality.

45 Therefore, a simple reading of s. 26(2) of the GUA does permit one to conclude that the Board does not have the power to allocate the proceeds of an asset sale.

46 The City does not limit its arguments to s. 26(2); it also submits that the AEUBA, pursuant to s. 15(3), is an express grant of jurisdiction because it authorizes the Board to impose any condition to any order so long as the condition is necessary in the public interest. In addition, it relies on the general power in s. 37 of the PUBA for the proposition that the Board may, in any matter within its jurisdiction, make any order pertaining to that matter that is not inconsistent with any applicable statute. The intended meaning of these two provisions, however, is lost when the provisions are simply read in isolation as proposed by the City: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 21; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735; *Marche*, at paras. 59-60; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 105. These provisions on their own are vague and open-ended. It would be absurd to allow the Board an unfettered discretion to attach any condition it wishes to an order it makes. Furthermore, the concept of "public interest" found in s. 15(3) is very wide and elastic; the Board cannot be given total discretion over its limitations.

47 While I would conclude that the legislation is silent as to the Board's power to deal with sale

D'ailleurs, en ce qui concerne les biens non affectés au service public et étrangers à la prestation du service, l'application de cette disposition, à supposer qu'elle s'applique, est nécessairement limitée (surtout lorsque la vente satisfait au critère de l'« absence de préjudice »). Le paragraphe 26(2) ne peut avoir qu'un seul objet, soit garantir que le bien n'est pas affecté au service public, de manière que son aliénation ne nuise ni à la prestation du service ni à sa qualité.

Par conséquent, la simple lecture du par. 26(2) de la GUA permet de conclure que la Commission n'a pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien.

La Ville ne fonde pas son argumentation que sur le par. 26(2); elle fait aussi valoir que le par. 15(3) de l'AEUBA, qui autorise la Commission à assortir ses ordonnances des conditions qu'elle estime nécessaires dans l'intérêt public, confère un pouvoir exprès à la Commission. De plus, elle invoque le pouvoir général que prévoit l'art. 37 de la PUBA pour soutenir que la Commission peut, dans les domaines de sa compétence, rendre toute ordonnance qui n'est pas incompatible avec une disposition législative applicable. Or, considérer ces deux dispositions isolément comme le préconise la Ville fait perdre de vue leur véritable portée : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 21; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735; *Marche*, par. 59-60; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, par. 105. En eux-mêmes, le par. 15(3) et l'art. 37 sont vagues et sujets à diverses interprétations. Il serait absurde d'accorder à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu d'assortir ses ordonnances des conditions de son choix. De plus, la notion d'« intérêt public » à laquelle renvoie le par. 15(3) est très large et élastique; la Commission ne peut se voir accorder le pouvoir discrétionnaire absolu d'en circonscrire les limites.

Même si, à l'issue de la première étape du processus d'interprétation législative, je suis enclin à

proceeds after the initial stage in the statutory interpretation analysis, because the provisions can nevertheless be said to reveal some ambiguity and incoherence, I will pursue the inquiry further.

This Court has stated on numerous occasions that the grammatical and ordinary sense of a section is not determinative and does not constitute the end of the inquiry. The Court is obliged to consider the total context of the provisions to be interpreted, no matter how plain the disposition may seem upon initial reading (see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 34; Sullivan, at pp. 20-21). I will therefore proceed to examine the purpose and scheme of the legislation, the legislative intent and the relevant legal norms.

2.3.3 Implicit Powers: Entire Context

The provisions at issue are found in statutes which are themselves components of a larger statutory scheme which cannot be ignored:

> As the product of a rational and logical legislature, the statute is considered to form a system. Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts: "each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole" . . . .
>
> (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 308)

As in any statutory interpretation exercise, when determining the powers of an administrative body, courts need to examine the context that colours the words and the legislative scheme. The ultimate goal is to discover the clear intent of the legislature and the true purpose of the statute while preserving the harmony, coherence and consistency of the legislative scheme (*Bell ExpressVu*, at para. 27; see also *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10 (in Appendix)). "[S]tatutory interpretation is the art of finding the legislative spirit embodied in enactments": *Bristol-Myers Squibb Co.*, at para. 102.

conclure que la loi est silencieuse en ce qui concerne le pouvoir de la Commission de décider du sort du produit de la vente, je poursuis l'analyse car on peut néanmoins soutenir que les dispositions sont jusqu'à un certain point ambiguës et incohérentes.

48 Notre Cour a affirmé maintes fois que le sens grammatical et ordinaire d'une disposition n'est pas déterminant et ne met pas fin à l'analyse. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition, même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident (voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 34; Sullivan, p. 20-21). Je vais donc examiner l'objet et l'esprit des lois habilitantes, l'intention du législateur et les normes juridiques pertinentes.

2.3.3 Pouvoir implicite : contexte global

49 Les dispositions en cause figurent dans des lois qui font elles-mêmes partie d'un cadre législatif plus large dont on ne peut faire abstraction :

> Œuvre d'un législateur rationnel et logique, la loi est censée former un système : chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sens de chacun des éléments : « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet » . . .
>
> (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 388)

Comme dans le cadre de toute interprétation législative, appelée à circonscrire les pouvoirs d'un organisme administratif, une cour de justice doit tenir compte du contexte qui colore les mots et du cadre législatif. L'objectif ultime consiste à dégager l'intention manifeste du législateur et l'objet véritable de la loi tout en préservant l'harmonie, la cohérence et l'uniformité des lois en cause (*Bell ExpressVu*, par. 27; voir également l'*Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10, à l'annexe). « L'interprétation législative est [. . .] l'art de découvrir l'esprit du législateur qui imprègne les textes législatifs » : *Bristol-Myers Squibb Co.*, par. 102.

50 Consequently, a grant of authority to exercise a discretion as found in s. 15(3) of the AEUBA and s. 37 of the PUBA does not confer unlimited discretion to the Board. As submitted by ATCO, the Board's discretion is to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation (see Sullivan, at pp. 154-55). In the same vein, it is useful to refer to the following passage from *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1756:

> The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.

51 The mandate of this Court is to determine and apply the intention of the legislature (*Bell ExpressVu*, at para. 62) without crossing the line between judicial interpretation and legislative drafting (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 26; *Bristol-Myers Squibb Co.*, at para. 174). That being said, this rule allows for the application of the "doctrine of jurisdiction by necessary implication"; the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime created by the legislature (see Brown, at p. 2-16.2; *Bell Canada*, at p. 1756). Canadian courts have in the past applied the doctrine to ensure that administrative bodies have the necessary jurisdiction to accomplish their statutory mandate:

> When legislation attempts to create a comprehensive regulatory framework, the tribunal must have the powers which by practical necessity and necessary implication flow from the regulatory authority explicitly conferred upon it.

Le pouvoir discrétionnaire que le par. 15(3) de l'AEUBA et l'art. 37 de la PUBA confèrent à la Commission n'est donc pas absolu. Comme le dit ATCO, la Commission doit l'exercer en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois (voir Sullivan, p. 154-155). Dans le même ordre d'idées, le passage suivant de l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1756, se révèle pertinent :

> Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.

Il incombe à notre Cour de déterminer l'intention du législateur et d'y donner effet (*Bell ExpressVu*, par. 62) sans franchir la ligne qui sépare l'interprétation judiciaire de la formulation législative (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 26; *Bristol-Myers Squibb Co.*, par. 174). Cela dit, cette règle permet l'application de « la doctrine de la compétence par déduction nécessaire » : sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif : voir Brown, p. 2-16.2; *Bell Canada*, p. 1756. Par le passé, les cours de justice canadiennes ont appliqué la doctrine de manière à investir les organismes administratifs de la compétence nécessaire à l'exécution de leur mandat légal :

> [TRADUCTION] Lorsque l'objet de la législation est de créer un vaste cadre réglementaire, le tribunal administratif doit posséder les pouvoirs qui, par nécessité pratique et déduction nécessaire, découlent du pouvoir réglementaire qui lui est expressément conféré.

Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (Ont. H.C.), at pp. 658-59, aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.) (see also *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.); *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182 (C.A.), aff'd [1985] 1 S.C.R. 174).

I understand the City's arguments to be as follows: (1) the customers acquire a right to the property of the owner of the utility when they pay for the service and are therefore entitled to a return on the profits made at the time of the sale of the property; and (2) the Board has, by necessity, because of its jurisdiction to approve or refuse to approve the sale of utility assets, the power to allocate the proceeds of the sale as a condition of its order. The doctrine of jurisdiction by necessary implication is at the heart of the City's second argument. I cannot accept either of these arguments which are, in my view, diametrically contrary to the state of the law. This is revealed when we scrutinize the entire context which I will now endeavour to do.

After a brief review of a few historical facts, I will probe into the main function of the Board, rate setting, and I will then explore the incidental powers which can be derived from the context.

2.3.3.1 *Historical Background and Broader Context*

The history of public utilities regulation in Alberta originated with the creation in 1915 of the Board of Public Utility Commissioners by *The Public Utilities Act*, S.A. 1915, c. 6. This statute was based on similar American legislation: H. R. Milner, "Public Utility Rate Control in Alberta" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 101, at p. 101. While the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue.

Pursuant to *The Public Utilities Act*, the first public utility board was established as a

Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (H.C. Ont.), p. 658-659, conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.) (voir également *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.); *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182 (C.A.), conf. par [1985] 1 R.C.S. 174).

52 Voici quelles sont selon moi les prétentions de la Ville : (1) en acquittant leurs factures, les clients acquièrent un droit sur les biens du propriétaire du service public et ont donc droit à une partie du profit tiré de leur vente; (2) le pouvoir de la Commission d'autoriser ou non la vente des biens d'un service public emporte, par nécessité, celui d'assujettir l'autorisation à une certaine répartition du produit de la vente. La doctrine de la compétence par déduction nécessaire est au cœur de la deuxième prétention de la Ville. Je ne peux faire droit ni à l'une ni à l'autre de ces prétentions qui, à mon avis, sont diamétralement contraires au droit applicable, comme le révèle ci-après l'examen du contexte global.

53 Après un bref rappel historique, je me pencherai sur la principale fonction de la Commission, l'établissement des tarifs, puis sur les pouvoirs accessoires qui peuvent être déduits du contexte.

2.3.3.1 *Historique et contexte général*

54 Les services publics sont réglementés en Alberta depuis la création en 1915 de l'organisme appelé Board of Public Utility Commissioners en vertu de la loi intitulée *The Public Utilities Act*, S.A. 1915, ch. 6, inspirée d'une loi américaine similaire : H. R. Milner, « Public Utility Rate Control in Alberta » (1930), 8 *R. du B. can.* 101, p. 101. Bien qu'il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question.

55 Suivant *The Public Utilities Act*, la première commission des services publics, composée de

three-member tribunal to provide general supervision of all public utilities (s. 21), to investigate rates (s. 23), to make orders regarding equipment (s. 24), and to require every public utility to file with it complete schedules of rates (s. 23). Of interest for our purposes, the 1915 statute also required public utilities to obtain the approval of the Board of Public Utility Commissioners before selling any property when outside the ordinary course of their business (s. 29(g)).

56 The Alberta Energy and Utilities Board was created in February 1995 by the amalgamation of the Energy Resources Conservation Board and the Public Utilities Board (see Canadian Institute of Resources Law, *Canada Energy Law Service: Alberta* (loose-leaf ed.), at p. 30-3101). Since then, all matters under the jurisdiction of the Energy Resources Conservation Board and the Public Utilities Board have been handled by the Alberta Energy and Utilities Board and are within its exclusive jurisdiction. The Board has all of the powers, rights and privileges of its two predecessor boards (AEUBA, ss. 13, 15(1); GUA, s. 59).

57 In addition to the powers found in the 1915 statute, which have remained virtually the same in the present PUBA, the Board now benefits from the following express powers to:

1. make an order respecting the improvement of the service or commodity (PUBA, s. 80(b));

2. approve the issue by the public utility of shares, stocks, bonds and other evidences of indebtedness (GUA, s. 26(2)(a); PUBA, s. 101(2)(a));

3. approve the lease, mortgage, disposition or encumbrance of the public utility's property, franchises, privileges or rights (GUA, s. 26(2)(d)(i); PUBA, s. 101(2)(d)(i));

4. approve the merger or consolidation of the public utility's property, franchises, privileges or rights (GUA, s. 26(2)(d)(ii); PUBA, s. 101(2)(d)(ii)); and

trois membres, surveillait de manière générale tous les services publics (art. 21), enquêtait sur les tarifs (art. 23), rendait des ordonnances concernant l'équipement (art. 24) et exigeait que chacun des services publics lui remette la liste complète de ses tarifs (art. 23). Signalons pour les besoins du présent pourvoi que la loi de 1915 exigeait également d'un service public qu'il obtienne de l'organisme l'autorisation de vendre un bien en dehors du cours normal de ses activités (al. 29g)).

La Commission a été créée en février 1995 par le fusionnement de l'Energy Resources Conservation Board et de la Public Utilities Board (voir Institut canadien du droit des ressources, *Canada Energy Law Service : Alberta* (éd. feuilles mobiles), p. 30-3101). Dès lors, toutes les affaires qui étaient du ressort des organismes fusionnés relevaient de sa compétence exclusive. La Commission a tous les pouvoirs, les droits et les privilèges des organismes auxquels elle a succédé (AEUBA, art. 13, par. 15(1); GUA, art. 59).

Outre les pouvoirs prévus dans la loi de 1915, qui sont pratiquement identiques à ceux que confère actuellement la PUBA, la Commission est aujourd'hui investie des pouvoirs exprès suivants :

1. rendre une ordonnance concernant l'amélioration du service ou du produit (PUBA, al. 80b));

2. autoriser l'entreprise de services publics à émettre des actions, des obligations ou d'autres titres d'emprunt (GUA, al. 26(2)a); PUBA, al. 101(2)a));

3. autoriser l'entreprise de services publics à aliéner ou à grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, notamment en les louant ou en les hypothéquant (GUA, sous-al. 26(2)d)(i); PUBA, sous-al. 101(2)d)(i));

4. autoriser la fusion ou le regroupement des biens, concessions, privilèges ou droits de l'entreprise de services publics (GUA, sous-al. 26(2)d)(ii); PUBA, sous-al. 101(2)d)(ii));

5. authorize the sale or permit to be made on the public utility's book a transfer of any share of its capital stock to a corporation that would result in the vesting in that corporation of more than 50 percent of the outstanding capital stock of the owner of the public utility (GUA, s. 27(1); PUBA, s. 102(1)).

5. autoriser la vente d'actions de l'entreprise de services publics à une société ou l'inscription dans ses registres de toute cession d'actions à une société lorsque la vente ou la cession ferait en sorte que cette société détienne plus de 50 pour 100 des actions en circulation du propriétaire de l'entreprise de services publics (GUA, par. 27(1); PUBA, par. 102(1)).

It goes without saying that public utilities are very limited in the actions they can take, as evidenced from the above list. Nowhere is there a mention of the authority to allocate proceeds from a sale or the discretion of the Board to interfere with ownership rights.

58 Il appert donc de cette énumération qu'une entreprise de services publics a une marge de manœuvre très limitée. Il n'est fait mention ni du pouvoir d'attribuer le produit de la vente ni du pouvoir discrétionnaire de porter atteinte au droit de propriété.

Even in 1995 when the legislature decided to form the Alberta Energy and Utilities Board, it did not see fit to modify the PUBA or the GUA to provide the new Board with the power to allocate the proceeds of a sale even though the controversy surrounding this issue was full-blown (see, e.g., *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116). It is a well-established principle that the legislature is presumed to have a mastery of existing law, both common law and statute law (see Sullivan, at pp. 154-55). It is also presumed to have known all of the circumstances surrounding the adoption of new legislation.

59 Même lorsque le législateur a décidé de créer la Commission en 1995, il n'a pas jugé opportun de modifier la PUBA ou la GUA pour donner au nouvel organisme le pouvoir d'attribuer le produit d'une vente. Pourtant, la question suscitait déjà la controverse (voir, p. ex., *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, et *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116). Selon un principe bien établi, le législateur est présumé connaître parfaitement le droit existant, qu'il s'agisse de la common law ou du droit d'origine législative (voir Sullivan, p. 154-155). Il est également censé être au fait de toutes les circonstances entourant l'adoption de la nouvelle loi.

Although the Board may seem to possess a variety of powers and functions, it is manifest from a reading of the AEUBA, the PUBA and the GUA that the principal function of the Board in respect of public utilities is the determination of rates. Its power to supervise the finances of these companies and their operations, although wide, is in practice incidental to fixing rates (see Milner, at p. 102; Brown, at p. 2-16.6). Estey J., speaking for the majority of this Court in *Atco Ltd.*, at p. 576, echoed this view when he said:

60 Bien que la Commission puisse sembler posséder toute une gamme d'attributions et de fonctions, il ressort de l'AEUBA, de la PUBA et de la GUA que son principal mandat, à l'égard des entreprises de services publics, est l'établissement de tarifs. Son pouvoir de surveiller les finances et le fonctionnement de ces entreprises est certes vaste mais, en pratique, il est accessoire à sa fonction première (voir Milner, p. 102; Brown, p. 2-16.6). S'exprimant au nom des juges majoritaires dans *Atco Ltd.*, le juge Estey a abondé dans ce sens (p. 576) :

It is evident from the powers accorded to the Board by the legislature in both statutes mentioned above that the legislature has given the Board a mandate of the widest proportions to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the

Il ressort des pouvoirs que le législateur a accordé[s] à la Commission dans les deux lois mentionnées ci-dessus, qu'il a investi la Commission du mandat très général de veiller aux intérêts du public quant à la nature et à la qualité des services rendus à la collectivité par

community by the public utilities. Such an extensive regulatory pattern must, for its effectiveness, include the right to control the combination or, as the legislature says, "the union" of existing systems and facilities. This no doubt has a direct relationship with the rate-fixing function which ranks high in the authority and functions assigned to the Board. [Emphasis added.]

In fact, even the Board itself, on its website (http://www.eub.gov.ab.ca/BBS/eubinfo/default.htm), describes its functions as follows:

We regulate the safe, responsible, and efficient development of Alberta's energy resources: oil, natural gas, oil sands, coal, and electrical energy; and the pipelines and transmission lines to move the resources to market. On the utilities side, we regulate rates and terms of service of investor-owned natural gas, electric, and water utility services, as well as the major intra-Alberta gas transmission system, to ensure that customers receive safe and reliable service at just and reasonable rates. [Emphasis added.]

61 The process by which the Board sets the rates is therefore central and deserves some attention in order to ascertain the validity of the City's first argument.

2.3.3.2 *Rate Setting*

62 Rate regulation serves several aims — sustainability, equity and efficiency — which underlie the reasoning as to how rates are fixed:

. . . the regulated company must be able to finance its operations, and any required investment, so that it can continue to operate in the future. . . . Equity is related to the distribution of welfare among members of society. The objective of sustainability already implies that shareholders should not receive "too low" a return (and defines this in terms of the reward necessary to ensure continued investment in the utility), while equity implies that their returns should not be "too high".

(R. Green and M. Rodriguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators* (1999), at p. 5)

63 These goals have resulted in an economic and social arrangement dubbed the "regulatory

les entreprises de services publics. Un régime de réglementation aussi vaste doit, pour être efficace, comprendre le droit de contrôler les réunions ou, pour reprendre l'expression du législateur, « l'union » des entreprises et installations existantes. Cela a sans aucun doute un rapport direct avec la fonction de fixation des tarifs qui constitue un des pouvoirs les plus importants attribués à la Commission. [Je souligne.]

Voici d'ailleurs comment la Commission décrit elle-même ses fonctions sur son site Internet (http://www.eub.gov.ab.ca/BBS/eubinfo/default.htm) :

[TRADUCTION] La Commission réglemente l'exploitation sûre, responsable et efficiente des ressources énergétiques de l'Alberta — pétrole, gaz naturel, sables bitumineux, charbon et électricité — ainsi que les pipelines et les lignes de transport servant à l'acheminement vers les marchés. En ce qui a trait aux services publics, elle réglemente les tarifs des services de gaz naturel, d'électricité et d'eau appartenant au privé et le niveau de service y afférent, ainsi que les principaux réseaux de transport de gaz en Alberta, afin que les clients obtiennent des services sûrs et fiables à un prix juste et raisonnable. [Je souligne.]

Le processus par lequel la Commission fixe les tarifs est donc fondamental et son examen s'impose pour statuer sur la première prétention de la Ville.

2.3.3.2 *Établissement des tarifs*

La réglementation tarifaire a plusieurs objectifs — viabilité, équité et efficacité — qui expliquent le mode de fixation des tarifs :

[TRADUCTION] . . . l'entreprise réglementée doit être en mesure de financer ses activités et tout investissement nécessaire à la poursuite de ses activités. [. . .] L'équité est liée à la redistribution de la richesse dans la société. L'objectif de la viabilité suppose déjà que les actionnaires ne doivent pas réaliser un « trop faible » rendement (défini comme la gratification requise pour assurer l'investissement continu dans l'entreprise), alors que celui de l'équité implique qu'ils ne doivent pas obtenir un rendement « trop élevé ».

(R. Green et M. Rodriguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities : A Manual for Regulators* (1999), p. 5)

Ces objectifs sont à l'origine d'un arrangement économique et social appelé « pacte

compact", which ensures that all customers have access to the utility at a fair price — nothing more. As I will further explain, it does not transfer onto the customers any property right. Under the regulatory compact, the regulated utilities are given exclusive rights to sell their services within a specific area at rates that will provide companies the opportunity to earn a fair return for their investors. In return for this right of exclusivity, utilities assume a duty to adequately and reliably serve all customers in their determined territories, and are required to have their rates and certain operations regulated (see Black, at pp. 356-57; Milner, at p. 101; *Atco Ltd.*, at p. 576; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186 ("*Northwestern 1929*"), at pp. 192-93).

Therefore, when interpreting the broad powers of the Board, one cannot ignore this well-balanced regulatory arrangement which serves as a backdrop for contextual interpretation. The object of the statutes is to protect both the customer *and* the investor (Milner, at p. 101). The arrangement does not, however, cancel the private nature of the utility. In essence, the Board is responsible for maintaining a tariff that enhances the economic benefits to consumers and investors of the utility.

The Board derives its power to set rates from both the GUA (ss. 16, 17 and 36 to 45) and the PUBA (ss. 89 to 95). The Board is mandated to fix "just and reasonable . . . rates" (PUBA, s. 89(a); GUA, s. 36(a)). In the establishment of these rates, the Board is directed to "determine a rate base for the property of the owner" and "fix a fair return on the rate base" (GUA, s. 37(1)). This Court, in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 ("*Northwestern 1979*"), at p. 691, adopted the following description of the process:

> The PUB approves or fixes utility rates which are estimated to cover expenses plus yield the utility a fair return or profit. This function is generally performed in two phases. In Phase I the PUB determines the rate base, that is the amount of money which has been invested by the company in the property, plant and equipment plus an allowance for necessary working capital all of which must be determined as being necessary to

réglementaire » qui garantit à tous les clients l'accès au service public à un prix raisonnable, sans plus, et qui, je l'explique plus loin, ne transmet aucun droit de propriété aux clients. Le pacte réglementaire accorde en fait aux entreprises réglementées le droit exclusif de vendre leurs services dans une région donnée à des tarifs leur permettant de réaliser un juste rendement au bénéfice de leurs actionnaires. En contrepartie de ce monopole, elles ont l'obligation d'offrir un service adéquat et fiable à tous les clients d'un territoire donné et voient leurs tarifs et certaines de leurs activités assujettis à la réglementation (voir Black, p. 356-357; Milner, p. 101; *Atco Ltd.*, p. 576; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186 (« *Northwestern 1929* »), p. 192-193).

64 Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'interpréter les vastes pouvoirs de la Commission, on ne peut faire abstraction de ce subtil compromis servant de toile de fond à l'interprétation contextuelle. L'objet de la législation est de protéger le client *et* l'investisseur (Milner, p. 101). Le pacte ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. La Commission a essentiellement pour mandat d'établir une tarification qui accroît les avantages financiers des consommateurs et des investisseurs.

65 Elle tient son pouvoir de fixer les tarifs à la fois de la GUA (art. 16 et 17 et art. 36 à 45) et de la PUBA (art. 89 à 95). Il lui incombe de fixer des [TRADUCTION] « tarifs [. . .] justes et raisonnables » (PUBA, al. 89a); GUA, al. 36a)). Pour le faire, elle doit [TRADUCTION] « établi[r] une base tarifaire pour les biens du propriétaire » et « fixe[r] un juste rendement par rapport à cette base tarifaire » (GUA, par. 37(1)). Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern 1979* »), p. 691, notre Cour a décrit le processus comme suit :

> La PUB approuve ou fixe pour les services publics des tarifs destinés à couvrir les dépenses et à permettre à l'entreprise d'obtenir un taux de rendement ou profit convenable. Le processus s'accomplit en deux étapes. Dans la première étape, la PUB établit une base de tarification en calculant le montant des fonds investis par la compagnie en terrains, usines et équipements, plus le montant alloué au fonds de roulement, sommes dont

provide the utility service. The revenue required to pay all reasonable operating expenses plus provide a fair return to the utility on its rate base is also determined in Phase I. The total of the operating expenses plus the return is called the revenue requirement. In Phase II rates are set, which, under normal temperature conditions are expected to produce the estimates of "forecast revenue requirement". These rates will remain in effect until changed as the result of a further application or complaint or the Board's initiative. Also in Phase II existing interim rates may be confirmed or reduced and if reduced a refund is ordered.

il faut établir la nécessité dans l'exploitation de l'entreprise. C'est également à cette première étape qu'est calculé le revenu nécessaire pour couvrir les dépenses d'exploitation raisonnables et procurer un rendement convenable sur la base de tarification. Le total des dépenses d'exploitation et du rendement donne un montant appelé le revenu nécessaire. Dans une deuxième étape, les tarifs sont établis de façon à pouvoir produire, dans des conditions météorologiques normales, « le revenu nécessaire prévu ». Ces tarifs restent en vigueur tant qu'ils ne sont pas modifiés à la suite d'une nouvelle requête ou d'une plainte, ou sur intervention de la Commission. C'est également à cette seconde étape que les tarifs provisoires sont confirmés ou réduits et, dans ce dernier cas, qu'un remboursement est ordonné.

(See also *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984, at p. 23; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698 (Ont. Div. Ct.), at pp. 701-2.)

(Voir également *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984, p. 23; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698 (C. div. Ont.), p. 701-702.)

66 Consequently, when determining the rate base, the Board is to give due consideration (GUA, s. 37(2)):

Pour établir la base tarifaire, la Commission tient donc compte (GUA, par. 37(2)) :

[TRADUCTION]

(a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to the owner of the gas utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and

a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur d'acquisition pour le propriétaire du service de gaz, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;

(b) to necessary working capital.

b) du capital nécessaire.

67 The fact that the utility is given the opportunity to make a profit on its services and a fair return on its investment in its assets should not and cannot stop the utility from benefiting from the profits which follow the sale of assets. Neither is the utility protected from losses incurred from the sale of assets. In fact, the wording of the sections quoted above suggests that the ownership of the assets is clearly that of the utility; ownership of the asset and entitlement to profits or losses upon its realization are one and the same. The equity investor expects to receive the net revenues after all costs are paid, equal to the present value of original investment at the time of that investment. The disbursement of some portions of the residual amount of net revenue, by after-the-fact reallocation to rate-paying customers, undermines that investment process:

Le fait que l'on donne au service public la possibilité de tirer un profit de la prestation du service et de bénéficier d'un juste rendement de son actif ne peut ni ne devrait l'empêcher d'encaisser le bénéfice résultant de la vente d'un élément d'actif. L'entreprise n'est d'ailleurs pas non plus à l'abri de la perte pouvant en découler. Il ressort du libellé des dispositions précitées que les biens appartiennent à l'entreprise de services publics. Droit de propriété sur les biens et droit au profit ou à la perte lors de leur réalisation vont de pair. L'investisseur s'attend à toucher le produit net, une fois tous les frais payés, soit l'équivalent de la valeur actualisée de l'investissement initial. Le versement aux clients d'une partie du produit net restant, à l'issue d'une nouvelle répartition, sape le processus d'investissement : MacAvoy et Sidak, p. 244. À vrai dire, les

MacAvoy and Sidak, at p. 244. In fact, speculation would accrue even more often should the public utility, through its shareholders, not be the one to benefit from the possibility of a profit, as investors would expect to receive a larger premium for their funds through the only means left available, the return on their original investment. In addition, they would be less willing to accept any risk.

Thus, can it be said, as alleged by the City, that the customers have a property interest in the utility? Absolutely not: that cannot be so, as it would mean that fundamental principles of corporate law would be distorted. Through the rates, the customers pay an amount for the regulated service that equals the cost of the service and the necessary resources. They do not by their payment implicitly purchase the asset from the utility's investors. The payment does not incorporate acquiring ownership or control of the utility's assets. The ratepayer covers the cost of using the service, not the holding cost of the assets themselves: "A utility's customers are not its owners, for they are not residual claimants": MacAvoy and Sidak, at p. 245 (see also p. 237). Ratepayers have made no investment. Shareholders have and they assume all risks as the residual claimants to the utility's profit. Customers have only "the risk of a price change resulting from any (authorized) change in the cost of service. This change is determined only periodically in a tariff review by the regulator" (MacAvoy and Sidak, at p. 245).

In this regard, I agree with ATCO when it asserts in its factum, at para. 38:

> The property in question is as fully the private property of the owner of the utility as any other asset it owns. Deployment of the asset in utility service does not create or transfer any legal or equitable rights in that property for ratepayers. Absent any such interest, any taking such as ordered by the Board is confiscatory . . . .

Wittmann J.A., at the Court of Appeal, said it best when he stated:

> Consumers of utilities pay for a service, but by such payment, do not receive a proprietary right in the

opérations de spéculation seraient encore plus fréquentes si le service public et ses actionnaires ne touchaient pas le profit éventuel, car les investisseurs s'attendraient à obtenir une meilleure prime de la seule manière alors possible, le rendement de la mise de fonds initiale; en outre, ils seraient moins disposés à courir un risque.

68 La Ville a-t-elle raison alors de prétendre que les clients ont un droit de propriété sur le service public? Absolument pas. Sinon, les principes fondamentaux du droit des sociétés seraient dénaturés. En acquittant sa facture, le client paie pour le service réglementé un montant équivalant au coût du service et des ressources nécessaires. Il ne se porte pas implicitement acquéreur des biens des investisseurs. Le paiement n'emporte pas l'acquisition d'un droit de propriété ou de possession sur les biens. Le client acquitte le prix du service, à l'exclusion du coût de possession des biens eux-mêmes : [TRADUCTION] « Le client d'un service public n'en est pas le propriétaire puisqu'il n'a pas droit au reliquat des biens » : MacAvoy et Sidak, p. 245 (voir également p. 237). Le client n'a rien investi. Les actionnaires, eux, ont investi des fonds et assument tous les risques car ils touchent le profit restant. Le client court seulement le [TRADUCTION] « risque que le prix change par suite de la modification (autorisée) du coût du service, ce qui n'arrive que périodiquement lors de la révision des tarifs par l'organisme de réglementation » (MacAvoy et Sidak, p. 245).

69 Je suis d'accord avec ce qu'affirme ATCO à ce sujet au par. 38 de son mémoire :

> [TRADUCTION] Les biens en cause appartiennent au propriétaire du service public tout comme ses autres biens. Nul droit issu de la loi ou de l'equity n'est conféré ou transmis au client à l'égard d'un bien du fait de son affectation à un service public. Faute d'un tel droit, une appropriation, comme celle ordonnée par la Commission, a un effet confiscatoire . . .

Comme l'a si bien dit le juge Wittmann, de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] Le client d'un service public paie un service, mais n'obtient aucun droit de propriété sur les

assets of the utility company. Where the calculated rates represent the fee for the service provided in the relevant period of time, ratepayers do not gain equitable or legal rights to non-depreciable assets when they have paid only for the use of those assets. [Emphasis added; para. 64.]

I fully adopt this conclusion. The Board misdirected itself by confusing the interests of the customers in obtaining safe and efficient utility service with an interest in the underlying assets owned only by the utility. While the utility has been compensated for the services provided, the customers have provided no compensation for receiving the benefits of the subject property. The argument that assets purchased are reflected in the rate base should not cloud the issue of determining who is the appropriate owner and risk bearer. Assets are indeed considered in rate setting, as a factor, and utilities cannot sell an asset used in the service to create a profit and thereby restrict the quality or increase the price of service. Despite the consideration of utility assets in the rate-setting process, shareholders are the ones solely affected when the actual profits or losses of such a sale are realized; the utility absorbs losses and gains, increases and decreases in the value of assets, based on economic conditions and occasional unexpected technical difficulties, but continues to provide certainty in service both with regard to price and quality. There can be a default risk affecting ratepayers, but this does not make ratepayers residual claimants. While I do not wish to unduly rely on American jurisprudence, I would note that the leading U.S. case on this point is *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), which relies on the same principle as was adopted in *Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945).

70 Furthermore, one has to recognize that utilities are not Crown entities, fraternal societies or cooperatives, or mutual companies, although they have a "public interest" aspect which is to supply the public with a necessary service (in the present case,

biens de cette entreprise. Lorsque le tarif établi correspond au prix du service pour la période considérée, le client n'acquiert à l'égard des biens non amortissables aucun droit fondé sur l'equity ou issu de la loi lorsqu'il n'a payé que pour l'utilisation de ces biens. [Je souligne; par. 64.]

Je suis entièrement d'accord. La Commission s'est méprise en confondant le droit des clients à un service sûr et efficace avec le droit sur les biens affectés à la prestation de ce service et dont l'entreprise est l'unique propriétaire. Alors que l'entreprise a été rémunérée pour le service fourni, les clients n'ont versé aucune contrepartie en échange du profit tiré de la vente des biens. L'argument voulant que les biens achetés soient pris en compte dans l'établissement de la base tarifaire ne doit pas embrouiller la question de savoir qui est le véritable titulaire du droit de propriété sur les biens et qui supporte les risques y afférents. Les biens comptent effectivement parmi les facteurs considérés pour fixer les tarifs, et un service public ne peut vendre un bien affecté à la prestation du service pour réaliser un profit et, ce faisant, diminuer la qualité du service ou majorer son prix. Même si les biens du service public sont pris en compte dans l'établissement de la base tarifaire, les actionnaires sont les seuls touchés lorsque la vente donne lieu à un profit ou à une perte. L'entreprise absorbe les pertes et les gains, l'appréciation ou la dépréciation des biens, eu égard à la conjoncture économique et aux défaillances techniques imprévues, mais elle continue de fournir un service fiable sur le plan de la qualité et du prix. Le client peut courir le risque que l'entreprise manque à ses obligations, mais cela ne lui donne pas droit au reliquat des biens. Sans m'appuyer indûment sur la jurisprudence américaine, je signale qu'aux États-Unis, l'arrêt de principe en la matière est *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), qui s'appuie sur le même principe que celui appliqué dans l'arrêt *Market St. Ry. Co. c. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945).

De plus, il faut reconnaître qu'une entreprise de services publics n'est pas une société d'État, une association d'assistance mutuelle, une coopérative ou une société mutuelle même si elle sert « l'intérêt public » en fournissant à la collectivité un service

the provision of natural gas). The capital invested is not provided by the public purse or by the customers; it is injected into the business by private parties who expect as large a return on the capital invested in the enterprise as they would receive if they were investing in other securities possessing equal features of attractiveness, stability and certainty (see *Northwestern 1929*, at p. 192). This prospect will necessarily include any gain or loss that is made if the company divests itself of some of its assets, i.e., land, buildings, etc.

From my discussion above regarding the property interest, the Board was in no position to proceed with an implicit refund by allocating to ratepayers the profits from the asset sale because it considered ratepayers had paid excessive rates for services in the past. As such, the City's first argument must fail. The Board was seeking to rectify what it perceived as a historic over-compensation to the utility by ratepayers. There is no power granted in the various statutes for the Board to execute such a refund in respect of an erroneous perception of past over-compensation. It is well established throughout the various provinces that utilities boards do not have the authority to retroactively change rates (*Northwestern 1979*, at p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (Alta. C.A.), at p. 715, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), at pp. 734-35). But more importantly, it cannot even be said that there was over-compensation: the rate-setting process is a speculative procedure in which both the ratepayers and the shareholders jointly carry their share of the risk related to the business of the utility (see MacAvoy and Sidak, at pp. 238-39).

2.3.3.3 *The Power to Attach Conditions*

As its second argument, the City submits that the power to allocate the proceeds from the sale of the utility's assets is necessarily incidental to the express powers conferred on the Board by the AEUBA, the GUA and the PUBA. It argues that the Board must necessarily have the power to allocate sale proceeds as part of its discretionary power to approve or refuse to approve a sale of assets. It

nécessaire (en l'occurrence, la distribution du gaz naturel). Son capital ne provient pas des pouvoirs publics ou des clients, mais d'investisseurs privés qui escomptent un rendement aussi élevé que celui offert par d'autres placements présentant les mêmes caractéristiques d'attractivité, de stabilité et de certitude (voir *Northwestern 1929*, p. 192). Les actionnaires s'attendent donc nécessairement à toucher le gain ou à subir la perte résultant de l'aliénation d'un élément d'actif de l'entreprise, comme un terrain ou un bâtiment.

71 Il appert de l'analyse qui précède portant sur le droit de propriété que la Commission ne pouvait effectuer un remboursement tacite en attribuant aux clients le profit tiré de la vente des biens au motif que les tarifs avaient été excessifs dans le passé. C'est pourquoi la première prétention de la Ville doit être rejetée. La Commission a tenté de remédier à une supposée rétribution excessive de l'entreprise de services publics par ses clients. Or, aucune des lois applicables ne lui confère le pouvoir d'effectuer un tel remboursement à partir d'une telle perception erronée. La jurisprudence des différentes provinces confirme que les organismes de réglementation n'ont pas le pouvoir de modifier les tarifs rétroactivement (*Northwestern 1979*, p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (C.A. Alb.), p. 715, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), p. 734-735). Qui plus est, on ne peut même pas dire qu'il y a eu paiement excessif : la tarification est un processus conjectural où clients et actionnaires assument ensemble leur part du risque lié aux activités de l'entreprise de services publics (voir MacAvoy et Sidak, p. 238-239).

2.3.3.3 *Le pouvoir d'imposer des conditions*

72 La Ville soutient en second lieu que le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens d'un service public est nécessairement accessoire aux pouvoirs exprès que confèrent à la Commission l'AEUBA, la GUA et la PUBA. Elle fait valoir que la Commission a nécessairement ce pouvoir lorsqu'elle exerce celui — discrétionnaire — d'autoriser ou non la vente d'éléments d'actifs, puisqu'elle

submits that this results from the fact that the Board is allowed to attach any condition to an order it makes approving such a sale. I disagree.

73 The City seems to assume that the doctrine of jurisdiction by necessary implication applies to "broadly drawn powers" as it does for "narrowly drawn powers"; this cannot be. The Ontario Energy Board in its decision in *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II/411-II/412-II, March 23, 1987, at para. 4.73, enumerated the circumstances when the doctrine of jurisdiction by necessary implication may be applied:

* [when] the jurisdiction sought is necessary to accomplish the objectives of the legislative scheme and is essential to the Board fulfilling its mandate;
* [when] the enabling act fails to explicitly grant the power to accomplish the legislative objective;
* [when] the mandate of the Board is sufficiently broad to suggest a legislative intention to implicitly confer jurisdiction;
* [when] the jurisdiction sought must not be one which the Board has dealt with through use of expressly granted powers, thereby showing an absence of necessity; and
* [when] the Legislature did not address its mind to the issue and decide against conferring the power upon the Board.

(See also Brown, at p. 2-16.3.)

74 In light of the above, it is clear that the doctrine of jurisdiction by necessary implication will be of less help in the case of broadly drawn powers than for narrowly drawn ones. Broadly drawn powers will necessarily be limited to only what is rationally related to the purpose of the regulatory framework. This is explained by Professor Sullivan, at p. 228:

In practice, however, purposive analysis makes the powers conferred on administrative bodies almost infinitely elastic. Narrowly drawn powers can be understood to include "by necessary implication" all that is needed to enable the official or agency to achieve the

peut assortir de toute condition l'ordonnance autorisant la vente. Je ne suis pas d'accord.

La Ville semble tenir pour acquis que la doctrine de la compétence par déduction nécessaire s'applique tout autant aux pouvoirs « définis largement » qu'à ceux qui sont « biens circonscrits ». Ce ne saurait être le cas. Dans sa décision *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II/411-II/412-II, 23 mars 1987, par. 4.73, la Commission de l'énergie de l'Ontario a énuméré les situations dans lesquelles s'applique la doctrine de la compétence par déduction nécessaire :

[TRADUCTION]

* la compétence alléguée est nécessaire à la réalisation des objectifs du régime législatif et essentielle à l'exécution du mandat de la Commission;
* la loi habilitante ne confère pas expressément le pouvoir de réaliser l'objectif législatif;
* le mandat de la Commission est suffisamment large pour donner à penser que l'intention du législateur était de lui conférer une compétence tacite;
* la Commission n'a pas à exercer la compétence alléguée en s'appuyant sur des pouvoirs expressément conférés, démontrant ainsi l'absence de nécessité;
* le législateur n'a pas envisagé la question et ne s'est pas prononcé contre l'octroi du pouvoir à la Commission.

(Voir également Brown, p. 2-16.3.)

Il est donc clair que la doctrine de la compétence par déduction nécessaire sera moins utile dans le cas de pouvoirs largement définis que dans celui de pouvoirs bien circonscrits. Les premiers seront nécessairement interprétés de manière à ne s'appliquer qu'à ce qui est rationnellement lié à l'objet de la réglementation. C'est ce qu'explique la professeure Sullivan, à la p. 228 :

[TRADUCTION] En pratique, toutefois, l'analyse téléologique rend les pouvoirs conférés aux organismes administratifs presque infiniment élastiques. Un pouvoir bien circonscrit peut englober, par « déduction nécessaire », tout ce qui est requis pour que le responsable

purpose for which the power was granted. Conversely, broadly drawn powers are understood to include only what is rationally related to the purpose of the power. In this way the scope of the power expands or contracts as needed, in keeping with the purpose. [Emphasis added.]

In the case at bar, s. 15 of the AEUBA, which allows the Board to impose additional conditions when making an order, appears at first glance to be a power having infinitely elastic scope. However, in my opinion, the attempt by the City to use it to augment the powers of the Board in s. 26(2) of the GUA must fail. The Court must construe s. 15(3) of the AEUBA in accordance with the purpose of s. 26(2).

MacAvoy and Sidak, in their article, at pp. 234-36, suggest three broad reasons for the requirement that a sale must be approved by the Board:

1. It prevents the utility from degrading the quality, or reducing the quantity, of the regulated service so as to harm consumers;

2. It ensures that the utility maximizes the aggregate economic benefits of its operations, and not merely the benefits flowing to some interest group or stakeholder; and

3. It specifically seeks to prevent favoritism toward investors.

Consequently, in order to impute jurisdiction to a regulatory body to allocate proceeds of a sale, there must be evidence that the exercise of that power is a practical necessity for the regulatory body to accomplish the objects prescribed by the legislature, something which is absent in this case (see *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275 (C.A.)). In order to meet these three goals, it is not necessary for the Board to have control over which party should benefit from the sale proceeds. The public interest component cannot be said to be sufficient to impute to the Board the power to allocate all the profits pursuant to the sale of assets. In fact, it is not necessary for the Board in

ou l'organisme puisse accomplir l'objet de son octroi. À l'inverse, on considère qu'un pouvoir largement défini vise uniquement ce qui est rationnellement lié à son objet. Il s'ensuit qu'un pouvoir a une portée qui augmente ou diminue au besoin, en fonction de son objet. [Je souligne.]

75 En l'espèce, l'art. 15 de l'AEUBA, qui permet à la Commission d'imposer des conditions supplémentaires dans le cadre d'une ordonnance, paraît à première vue conférer un pouvoir dont la portée est infiniment élastique. J'estime cependant que la Ville ne saurait y avoir recours pour accroître les pouvoirs que le par. 26(2) de la GUA confère à la Commission. Notre Cour doit interpréter le par. 15(3) de l'AEUBA conformément à l'objet du par. 26(2).

76 Dans leur article, MacAvoy et Sidak avancent trois raisons principales d'exiger qu'une vente soit autorisée par la Commission (p. 234-236) :

1. éviter que l'entreprise de services publics ne diminue qualitativement ou quantitativement le service réglementé et ne cause de la sorte un préjudice aux clients;

2. garantir que l'entreprise maximisera l'ensemble des avantages financiers tirés de ses activités, et non seulement ceux destinés à certains groupes d'intérêt ou d'autres intéressés;

3. éviter précisément que les investisseurs ne soient favorisés.

77 Par conséquent, pour qu'un organisme de réglementation ait le pouvoir d'attribuer le produit d'une vente, la preuve doit établir que ce pouvoir lui est nécessaire dans les faits pour atteindre les objectifs de la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (voir l'arrêt *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.)). Pour satisfaire aux trois exigences susmentionnées, il n'est pas nécessaire que la Commission détermine qui touchera le produit de la vente. Le volet intérêt public ne peut à lui seul lui conférer le pouvoir d'attribuer la totalité du profit tiré de la vente de biens. En fait, il n'est pas nécessaire à l'accomplissement de son mandat qu'elle puisse ordonner à l'entreprise de services

carrying out its mandate to order the utility to surrender the bulk of the proceeds from a sale of its property in order for that utility to obtain approval for a sale. The Board has other options within its jurisdiction which do not involve the appropriation of the sale proceeds, the most obvious one being to refuse to approve a sale that will, in the Board's view, affect the quality and/or quantity of the service offered by the utility or create additional operating costs for the future. This is not to say that the Board can never attach a condition to the approval of sale. For example, the Board could approve the sale of the assets on the condition that the utility company gives undertakings regarding the replacement of the assets and their profitability. It could also require as a condition that the utility reinvest part of the sale proceeds back into the company in order to maintain a modern operating system that achieves the optimal growth of the system.

78 In my view, allowing the Board to confiscate the net gain of the sale under the pretence of protecting rate-paying customers and acting in the "public interest" would be a serious misconception of the powers of the Board to approve a sale; to do so would completely disregard the economic rationale of rate setting, as I explained earlier in these reasons. Such an attempt by the Board to appropriate a utility's excess net revenues for ratepayers would be highly sophisticated opportunism and would, in the end, simply increase the utility's capital costs (MacAvoy and Sidak, at p. 246). At the risk of repeating myself, a public utility is first and foremost a private business venture which has as its goal the making of profits. This is not contrary to the legislative scheme, even though the regulatory compact modifies the normal principles of economics with various restrictions explicitly provided for in the various enabling statutes. None of the three statutes applicable here provides the Board with the power to allocate the proceeds of a sale and therefore affect the property interests of the public utility.

79 It is well established that potentially confiscatory legislative provision ought to be construed cautiously so as not to strip interested parties of their rights without the clear intention of the

publics de céder la plus grande partie du produit de la vente en contrepartie de l'autorisation accordée. La Commission dispose, dans les limites de sa compétence, d'autres moyens que l'appropriation du produit de la vente, le plus évident étant le refus d'autoriser une vente qui, à son avis, nuira à la qualité ou à la quantité des services offerts ou occasionnera des frais d'exploitation supplémentaires. Ce qui ne veut pas dire qu'elle ne peut jamais assujettir son autorisation à une condition. Par exemple, elle pourrait autoriser la vente à la condition que l'entreprise prenne des engagements en ce qui concerne le remplacement des biens en cause et leur rentabilité. Elle pourrait aussi exiger le réinvestissement d'une partie du produit de la vente dans l'entreprise afin de préserver un système d'exploitation moderne assurant une croissance optimale.

J'estime que permettre la confiscation du gain net tiré de la vente sous prétexte de protéger les clients et d'agir dans l'« intérêt public » c'est se méprendre grandement sur le pouvoir de la Commission d'autoriser ou non une vente et faire totalement abstraction des fondements économiques de la tarification exposés précédemment. S'approprier ainsi un produit net extraordinaire pour le compte des clients serait d'un opportunisme très poussé qui, en fin de compte, se traduirait par une hausse du coût du capital pour l'entreprise (MacAvoy et Sidak, p. 246). Au risque de me répéter, une entreprise de services publics est avant tout une entreprise privée dont l'objectif est de réaliser des profits. Cela n'est pas contraire au régime législatif, même si le pacte réglementaire modifie les principes économiques habituellement applicables, les lois habilitantes prévoyant explicitement différentes limitations. Aucune des trois lois pertinentes en l'espèce ne confère à la Commission le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien et d'empiéter de la sorte sur le droit de propriété de l'entreprise de services publics.

Il est bien établi qu'une disposition législative susceptible d'avoir un effet confiscatoire doit être interprétée avec prudence afin de ne pas dépouiller les parties intéressées de leurs droits lorsque ce

legislation (see Sullivan, at pp. 400-403; Côté, at pp. 482-86; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64, at para. 26; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349, at p. 357; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167, at p. 197). Not only is the authority to attach a condition to allocate the proceeds of a sale to a particular party unnecessary for the Board to accomplish its role, but deciding otherwise would lead to the conclusion that a broadly drawn power can be interpreted so as to encroach on the economic freedom of the utility, depriving it of its rights. This would go against the above principles of interpretation.

If the Alberta legislature wishes to confer on ratepayers the economic benefits resulting from the sale of utility assets, it can expressly provide for this in the legislation, as was done by some states in the United States (e.g., Connecticut).

2.4 *Other Considerations*

Under the regulatory compact, customers are protected through the rate-setting process, under which the Board is required to make a well-balanced determination. The record shows that the City did not submit to the Board a general rate review application in response to ATCO's application requesting approval for the sale of the property at issue in this case. Nonetheless, if it chose to do so, this would not have stopped the Board, on its own initiative, from convening a hearing of the interested parties in order to modify and fix just and reasonable rates to give due consideration to any new economic data anticipated as a result of the sale (PUBA, s. 89(a); GUA, ss. 24, 36(a), 37(3), 40) (see Appendix).

2.5 *If Jurisdiction Had Been Found, Was the Board's Allocation Reasonable?*

In light of my conclusion with regard to jurisdiction, it is not necessary to determine whether

n'est pas l'intention manifeste du législateur (voir Sullivan, p. 400-403; Côté, p. 607-613; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64, par. 26; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, p. 357; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167, p. 197). Non seulement il n'est pas nécessaire, pour s'acquitter de sa mission, que la Commission ait le pouvoir d'attribuer à une partie le produit de la vente qu'elle autorise, mais toute conclusion contraire permettrait d'interpréter un pouvoir largement défini d'une façon qui empiète sur la liberté économique de l'entreprise de services publics, dépouillant cette dernière de ses droits, ce qui irait à l'encontre des principes d'interprétation susmentionnés.

Si l'assemblée législative albertaine souhaite 80
que les clients bénéficient des avantages financiers découlant de la vente des biens d'un service public, elle peut le prévoir expressément dans la loi, à l'instar de certains États américains (le Connecticut, par exemple).

2.4 *Autres considérations*

Dans le cadre du pacte réglementaire, les clients 81
sont protégés par la procédure d'établissement des tarifs à l'issue de laquelle la Commission doit rendre une décision pondérée. Il appert du dossier que la Ville n'a pas saisi la Commission d'une demande d'approbation du tarif général en réponse à celle présentée par ATCO afin d'obtenir l'autorisation de vendre des biens. Néanmoins, si elle l'avait fait, la Commission aurait pu, de son propre chef, convoquer les parties intéressées à une audience afin de fixer de nouveaux tarifs justes et raisonnables tenant dûment compte de la situation financière nouvelle devant résulter de la vente (PUBA, al. 89a); GUA, art. 24, al. 36a), par. 37(3), art. 40) (texte en annexe).

2.5 *À supposer que la Commission ait eu le pouvoir de répartir le produit de la vente, a-t-elle exercé ce pouvoir de manière raisonnable?*

Vu ma conclusion touchant à la compétence, il 82
n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission

the Board's exercise of discretion by allocating the sale proceeds as it did was reasonable. Nonetheless, given the reasons of my colleague Binnie J., I will address the issue very briefly. Had I not concluded that the Board lacked jurisdiction, my disposition of this case would have been the same, as I do not believe the Board met a reasonable standard when it exercised its power.

83 I am not certain how one could conclude that the Board's allocation was reasonable when it wrongly assumed that ratepayers had acquired a proprietary interest in the utility's assets because assets were a factor in the rate-setting process, and, moreover, when it explicitly concluded that no harm would ensue to customers from the sale of the asset. In my opinion, when reviewing the substance of the Board's decision, a court must conduct a two-step analysis: first, it must determine whether the order was warranted given the role of the Board to *protect the customers* (i.e., was the order *necessary in the public interest*?); and second, if the first question is answered in the affirmative, a court must then examine the validity of the Board's application of the *TransAlta Formula* (see para. 12 of these reasons), which refers to the difference between net book value and original cost, on the one hand, and appreciation in the value of the asset on the other. For the purposes of this analysis, I view the second step as a mathematical calculation and nothing more. I do not believe it provides the criteria which guides the Board to determine *if it should allocate* part of the sale proceeds to ratepayers. Rather, it merely guides the Board on *what to allocate and how to allocate it* (if it should do so in the first place). It is also interesting to note that there is no discussion of the fact that the book value used in the calculation must be referable solely to the financial statements of the utility.

84 In my view, as I have already stated, the power of the Board to allocate proceeds does not even arise in this case. Even by the Board's own reasoning, it should only exercise its discretion to act in the public interest when customers would be harmed

a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable en répartissant le produit de la vente comme elle l'a fait. Toutefois, vu les motifs de mon collègue le juge Binnie, je me penche très brièvement sur la question. Le règlement du pourvoi aurait été le même si j'avais conclu que la Commission avait ce pouvoir, car j'estime que la décision qu'elle a rendue sur son fondement ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité.

Je ne vois pas très bien comment on pourrait conclure que la répartition était raisonnable, la Commission ayant supposé à tort que les clients avaient acquis un droit de propriété sur les biens de l'entreprise du fait de la prise en compte de ceux-ci dans l'établissement des tarifs et ayant en outre conclu explicitement que la vente des biens ne causerait aucun préjudice aux clients. À mon avis, une cour de justice appelée à contrôler la décision au fond doit se livrer à une analyse en deux étapes. Premièrement, elle doit déterminer si l'ordonnance était justifiée au vu de l'obligation de la Commission de *protéger les clients* (c.-à-d. l'ordonnance était-elle *nécessaire dans l'intérêt public*?). Deuxièmement, dans l'affirmative, elle doit déterminer si la Commission a bien appliqué la *formule TransAlta* (voir le par. 12 des présents motifs), qui renvoie à la différence entre la valeur comptable nette des biens et leur coût historique, d'une part, et à l'appréciation des biens, d'autre part. Pour les besoins de l'analyse, je ne vois dans la deuxième étape qu'une opération mathématique, rien de plus. Je ne crois pas que la *formule TransAlta* oriente la décision de la Commission *d'attribuer ou non* une partie du produit de la vente aux clients. Elle ne préside qu'à la détermination de *ce qui sera attribué et des modalités d'attribution* (lorsqu'elle a décidé qu'il y avait lieu d'attribuer le produit de la vente). Il importe également de signaler que nul ne conteste que seule la valeur comptable figurant dans les états financiers de l'entreprise de services publics doit être utilisée pour le calcul.

Je le répète, la Commission n'était même pas justifiée, à mon sens, d'exercer le pouvoir d'attribuer le produit de la vente. Suivant son raisonnement même, elle ne doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'agir dans l'intérêt public que lorsque les

or would face some risk of harm. But the Board was clear: there was no harm or risk of harm in the present situation:

> With the continuation of the same level of service at other locations and the acceptance by customers regarding the relocation, the Board is convinced there should be no impact on the level of service to customers as a result of the Sale. In any event, the Board considers that the service level to customers is a matter that can be addressed and remedied in a future proceeding if necessary.

(Decision 2002-037, at para. 54)

After declaring that the customers would not, on balance, be harmed, the Board maintained that, on the basis of the evidence filed, there appeared to be a cost savings to the customers. There was no legitimate customer interest which could or needed to be protected by denying approval of the sale, or by making approval conditional on a particular allocation of the proceeds. Even if the Board had found a possible adverse effect arising from the sale, how could it allocate proceeds now based on an unquantified future potential loss? Moreover, in the absence of any factual basis to support it, I am also concerned with the presumption of bad faith on the part of ATCO that appears to underlie the Board's determination to protect the public from some possible future menace. In any case, as mentioned earlier in these reasons, this determination to protect the public interest is also difficult to reconcile with the actual power of the Board to prevent harm to ratepayers from occurring by simply refusing to approve the sale of a utility's asset. To that, I would add that the Board has considerable discretion in the setting of future rates in order to protect the public interest, as I have already stated.

In consequence, I am of the view that, in the present case, the Board did not identify any public interest which required protection and there was, therefore, nothing to trigger the exercise of the discretion to allocate the proceeds of sale. Hence, notwithstanding my conclusion on the first issue regarding the Board's jurisdiction, I would conclude

clients subiraient ou seraient susceptibles de subir un préjudice. Or sa conclusion à ce sujet est claire : aucun préjudice ou risque de préjudice n'était associé à l'opération projetée :

> [TRADUCTION] Comme les mêmes services seront offerts à partir d'autres installations, et vu l'acceptation de ce transfert par les clients, la Commission est convaincue que la vente ne devrait pas avoir de répercussions sur le niveau de service. Quoi qu'il en soit, elle considère que le niveau de service offert pourra au besoin faire l'objet d'un examen et d'une mesure corrective dans le cadre d'une procédure ultérieure.

(Décision 2002-037, par. 54)

Après avoir déclaré que, tout bien considéré, les clients ne seraient pas lésés, la Commission a statué au vu des éléments de preuve présentés qu'ils réaliseraient apparemment des économies. Aucun droit légitime des clients ne pouvait ni ne devait être protégé par un refus d'autorisation ou un octroi assorti de la condition de répartir le produit de la vente d'une certaine manière. Même si la Commission avait conclu à la possibilité que la vente ait un effet préjudiciable, comment pouvait-elle, à ce stade, attribuer le produit de la vente en fonction d'une perte éventuelle indéterminée? La mauvaise foi présumée d'ATCO qui paraît sous-tendre la détermination de la Commission à protéger le public contre un risque éventuel, en l'absence de tout fondement factuel, me préoccupe également. De toute manière, je l'ai déjà dit, cette détermination à protéger l'intérêt public est également difficile à concilier avec le pouvoir exprès de la Commission de prévenir tout préjudice causé aux clients en refusant d'autoriser la vente des biens d'un service public. Je rappelle que la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'établissement des tarifs futurs afin de protéger l'intérêt public.

Par conséquent, je suis d'avis que la Commission n'a pas cerné d'intérêt public à protéger et qu'aucun élément ne justifiait donc l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'attribuer le produit de la vente. Indépendamment de ma conclusion au sujet de la compétence de la Commission, je conclus que sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire

85

that the Board's decision to exercise its discretion to protect the public interest did not meet a reasonable standard.

3. Conclusion

86 This Court's role in this case has been one of interpreting the enabling statutes using the appropriate interpretive tools, i.e., context, legislative intention and objective. Going further than required by reading in *unnecessary* powers of an administrative agency under the guise of statutory interpretation is not consistent with the rules of statutory interpretation. It is particularly dangerous to adopt such an approach when property rights are at stake.

87 The Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale of the utility's asset; its decision did not meet the correctness standard. Thus, I would dismiss the City's appeal and allow ATCO's cross-appeal, both with costs. I would also set aside the Board's decision and refer the matter back to the Board to approve the sale of the property belonging to ATCO, recognizing that the proceeds of the sale belong to ATCO.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

88 BINNIE J. (dissenting) — The respondent ATCO Gas and Pipelines Ltd. ("ATCO") is part of a large entrepreneurial company that directly and through various subsidiaries operates both regulated businesses and unregulated businesses. The Alberta Energy and Utilities Board ("Board") believes it not to be in the public interest to encourage utility companies to mix together the two types of undertakings. In particular, the Board has adopted policies to discourage utilities from using their regulated businesses as a platform to engage in land speculation to increase their return on investment outside the regulatory framework. By awarding part of the profit to the utility (and its shareholders), the Board rewards utilities for diligence in divesting themselves of assets that are no longer productive, or that could be more productively employed elsewhere. However, by crediting part of the

de protéger l'intérêt public ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnabilité.

3. Conclusion

Le rôle de notre Cour dans le présent pourvoi a été d'interpréter les lois habilitantes en tenant compte comme il se doit du contexte, de l'intention du législateur et de l'objectif législatif. Aller plus loin et conclure à l'issue d'une interprétation large que l'organisme administratif jouit de pouvoirs *non nécessaires* n'est pas conforme aux règles d'interprétation législative. Une telle approche est particulièrement dangereuse lorsqu'un droit de propriété est en jeu.

La Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien du service public; sa décision ne satisfaisait pas à la norme de la décision correcte. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de la Ville et d'accueillir le pourvoi incident d'ATCO, avec dépens dans les deux instances. Je suis également d'avis d'annuler la décision de la Commission et de lui renvoyer l'affaire en lui enjoignant d'autoriser la vente des biens d'ATCO et de reconnaître son droit au produit de la vente.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — L'intimée, ATCO Gas and Pipelines Ltd. (« ATCO »), fait partie d'une grande société qui, directement et par l'entremise de diverses filiales, exploite à la fois des entreprises réglementées et des entreprises non réglementées. L'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'encourager les entreprises de services publics à jumeler leurs activités dans les deux secteurs. Plus particulièrement, elle a adopté des politiques afin de dissuader les entreprises de services publics de faire de leur secteur réglementé un lieu de spéculation foncière et d'augmenter ainsi le rendement de leurs investissements indépendamment du cadre réglementaire. En attribuant une partie du profit à l'entreprise de services publics (et à ses actionnaires), la Commission récompense la diligence avec laquelle elle se départit de biens qui ne sont

profit on the sale of such property to the utility's rate base (i.e. as a set-off to other costs), the Board seeks to dampen any incentive for utilities to skew decisions in their regulated business to favour such profit taking unduly. Such a balance, in the Board's view, is necessary in the interest of the public which allows ATCO to operate its utility business as a monopoly. In pursuit of this balance, the Board approved ATCO's application to sell land and warehousing facilities in downtown Calgary, but denied ATCO's application to keep for its shareholders the entire profit resulting from appreciation in the value of the land, whose cost of acquisition had formed part of the rate base on which gas rates had been calculated since 1922. The Board ordered the profit on the sale to be allocated one third to ATCO and two thirds as a credit to its cost base, thereby helping keep utility rates down, and to that extent benefiting ratepayers.

I have read with interest the reasons of my colleague Bastarache J. but, with respect, I do not agree with his conclusion. As will be seen, the Board has authority under s. 15(3) of the *Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. A-17 ("AEUBA"), to impose on the sale "any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". Whether or not the conditions of approval imposed by the Board were necessary in the public interest was for the Board to decide. The Alberta Court of Appeal overruled the Board but, with respect, the Board is in a better position to assess necessity in this field for the protection of the public interest than either that court or this Court. I would allow the appeal and restore the Board's decision.

I. Analysis

ATCO's argument boils down to the proposition announced at the outset of its factum:

In the absence of any property right or interest and of any harm to the customers arising from the

plus productifs ou qui pourraient l'être davantage s'ils étaient employés autrement. Toutefois, en portant une partie du profit au crédit de la base tarifaire de l'entreprise (c.-à-d. en la déduisant d'autres coûts), la Commission tente d'empêcher les entreprises de services publics de céder à la tentation d'infléchir les décisions afférentes à leurs activités réglementées pour favoriser la réalisation de profits indus. De son point de vue, un tel compromis est nécessaire dans l'intérêt du public, celui-ci conférant à ATCO un monopole dans un secteur d'activité. Dans la recherche de ce compromis, la Commission a autorisé ATCO à vendre un terrain et un entrepôt situés au centre-ville de Calgary, mais refusé qu'elle conserve, au bénéfice de ses actionnaires, la totalité du profit découlant de l'appréciation du terrain dont le coût d'acquisition était pris en compte, depuis 1922, pour la tarification du gaz naturel. La Commission a ordonné que le profit tiré de la vente soit attribué à raison d'un tiers à ATCO et que les deux tiers servent à réduire ses coûts, contribuant à contenir toute hausse des tarifs et favorisant ainsi la clientèle.

89 J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue le juge Bastarache, mais, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec ses conclusions. Comme nous le verrons, le par. 15(3) de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. A-17 (« AEUBA »), confère à la Commission le pouvoir d'assujettir la vente aux [TRADUCTION] « conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public ». Il appartenait à la Commission de décider de la nécessité d'imposer des conditions dans l'intérêt public. La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision de la Commission. En toute déférence, j'estime que la Commission était mieux placée que la Cour d'appel ou que notre Cour pour juger de la nécessité de protéger l'intérêt public dans ce domaine. J'accueillerais le pourvoi et rétablirais la décision de la Commission.

I. Analyse

90 La thèse d'ATCO se résume à ce qu'elle affirme au début de son mémoire :

[TRADUCTION] À défaut de tout droit de propriété et de tout préjudice causé à la clientèle par le

withdrawal from utility service, there was no proper ground for reaching into the pocket of the utility. In essence this case is about property rights.

(Respondent's factum, at para. 2)

dessaisissement, rien ne justifiait qu'on puise dans les poches de l'entreprise. En fait, le présent pourvoi doit être réglé au regard du droit de propriété.

(Mémoire de l'intimée, par. 2)

91 For the reasons which follow I do not believe the case is about property rights. ATCO chose to make its investment in a regulated industry. The return on investment in the regulated gas industry is fixed by the Board, not the free market. In my view, the essential issue is whether the Alberta Court of Appeal was justified in limiting what the Board is allowed to "conside[r] necessary in the public interest".

Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que le litige ressortisse au droit de propriété. ATCO a choisi d'investir dans un secteur réglementé, celui de la distribution du gaz, où le rendement est établi par la Commission, et non par le marché. À mon avis, la question en litige est essentiellement de savoir si la Cour d'appel de l'Alberta était justifiée de restreindre les conditions que la Commission pouvait « juge[r] nécessaires dans l'intérêt public ».

A. *The Board's Statutory Authority*

A. *Les pouvoirs légaux de la Commission*

92 The first question is one of jurisdiction. What gives the Board the authority to make the order ATCO complains about? The Board's answer is threefold. Section 22(1) of the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 ("GUA"), provides in part that "[t]he Board shall exercise a general supervision over all gas utilities, and the owners of them . . .". This, the Board says, gives it a broad jurisdiction to set policies that go beyond its specific powers in relation to specific applications, such as rate setting. Of more immediate pertinence, s. 26(2)(d)(i) of the same Act prohibits the regulated utility from selling, leasing or otherwise encumbering any of its property without the Board's approval. (To the same effect, see s. 101(2)(d)(i) of the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. P-45.) It is common ground that this restraint on alienation of property applies to the proposed sale of ATCO's land and warehouse facilities in downtown Calgary, and that the Board could, in appropriate circumstances, simply have denied ATCO's application for approval of the sale. However, the Board was of the view to allow the sale subject to conditions. The Board ruled that the greater power (i.e. to deny the sale) must include the lesser (i.e. to allow the sale, subject to conditions):

La première question qui se pose est celle de la compétence. D'où la Commission tient-elle le pouvoir de rendre l'ordonnance que conteste ATCO? La réponse de la Commission comporte trois volets. Le paragraphe 22(1) de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, ch. G-5 (« GUA »), prévoit entre autres que [TRADUCTION] « [l]a Commission assure la surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires . . . ». Selon la Commission, cette disposition lui confère le vaste pouvoir d'établir des politiques qui débordent le cadre du règlement de demandes au cas par cas (approbation de tarifs, etc.). Élément plus pertinent encore, le sous-al. 26(2)d)(i) de la même loi interdit à l'entreprise réglementée de vendre ses biens, de les louer ou de les grever par ailleurs sans l'autorisation de la Commission. (Voir dans le même sens le sous-al. 101(2)d)(i) de la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. P-45.) Tous conviennent que cette limitation s'applique à la vente projetée par ATCO du terrain et de l'entrepôt situés au centre-ville de Calgary et que si les circonstances l'avaient justifié, la Commission aurait pu simplement refuser son autorisation. En l'espèce, la Commission a décidé d'autoriser la vente et de l'assujettir à certaines conditions. Elle a statué que le pouvoir plus large de refuser d'autoriser la vente englobait celui, plus restreint, de l'autoriser en l'assujettissant à certaines conditions :

In appropriate circumstances, the Board clearly has the power to prevent a utility from disposing of its property.

[TRADUCTION] Dans certaines circonstances, la Commission a clairement le pouvoir d'empêcher une

In the Board's view it also follows that the Board can approve a disposition subject to appropriate conditions to protect customer interests.

(Decision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL), at para. 47)

There is no need to rely on any such implicit power to impose conditions, however. As stated, the Board's explicit power to impose conditions is found in s. 15(3) of the AEUBA, which authorizes the Board to "make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557, at p. 576, Estey J., for the majority, stated:

> It is evident from the powers accorded to the Board by the legislature in both statutes mentioned above that the legislature has given the Board a mandate of the widest proportions to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the community by the public utilities. [Emphasis added.]

The legislature says in s. 15(3) that the conditions are to be what *the Board* considers necessary. Of course, the discretionary power to impose conditions thus granted is not unlimited. It must be exercised in good faith for its intended purpose: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29. ATCO says the Board overstepped even these generous limits. In ATCO's submission:

> Deployment of the asset in utility service does not create or transfer any legal or equitable rights in that property for ratepayers. Absent any such interest, any taking such as ordered by the Board is confiscatory . . . .

(Respondent's factum, at para. 38)

In my view, however, the issue before the Board was how much profit ATCO was entitled to earn on its investment in a regulated utility.

ATCO argues in the alternative that the Board engaged in impermissible "retroactive rate

entreprise de services publics de se départir d'un bien. Il s'ensuit donc qu'elle peut autoriser une aliénation et l'assortir de conditions susceptibles de bien protéger les intérêts du consommateur.

(Décision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL), par. 47)

Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle s'appuie sur un tel pouvoir implicite pour établir des conditions. Je le répète, le par. 15(3) de l'AEUBA confère explicitement à la Commission le pouvoir de [TRADUCTION] « rendre toute autre ordonnance et [d']imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public ». Dans *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557, p. 576, le juge Estey a dit au nom des juges majoritaires :

> Il ressort des pouvoirs que le législateur a accordé[s] à la Commission dans les deux lois mentionnées ci-dessus, qu'il a investi la Commission du mandat très général de veiller aux intérêts du public quant à la nature et à la qualité des services rendus à la collectivité par les entreprises de services publics. [Je souligne.]

Le paragraphe 15(3) dispose que les conditions fixées sont celles que *la Commission* juge nécessaires. Évidemment, son pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité. Elle doit l'exercer de bonne foi et aux fins auxquelles il est conféré : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29. ATCO prétend que la Commission a même outrepassé un aussi large pouvoir. Voici un extrait de son mémoire :

> [TRADUCTION] Nul droit issu de la loi ou de l'equity n'est conféré ou transmis au client à l'égard d'un bien du fait de son affectation à un service public. Faute d'un tel droit, une appropriation, comme celle ordonnée par la Commission, a un effet confiscatoire . . .

(Mémoire de l'intimée, par. 38)

À mon avis, toutefois, la Commission devait déterminer la hauteur du profit qu'ATCO était admise à tirer de son investissement dans une entreprise réglementée.

Subsidiairement, ATCO soutient que la Commission s'est indûment livrée à une 93

making". But Alberta is an "original cost" jurisdiction, and no one suggests that the Board's original cost rate making during the 80-plus years this investment has been reflected in ATCO's ratebase was wrong. The Board proposed to apply a portion of the expected profit to future rate making. The effect of the order is prospective, not retroactive. Fixing the going-forward rate of return as well as general supervision of "all gas utilities, and the owners of them" were matters squarely within the Board's statutory mandate.

« tarification rétroactive ». Or, l'Alberta a opté pour la tarification selon le « coût historique » et personne ne laisse entendre que, depuis plus de 80 ans, la Commission applique à tort cette méthode qui prend en compte l'investissement d'ATCO pour l'établissement de sa base tarifaire. La Commission a proposé de tenir compte d'une partie du profit escompté pour fixer les tarifs ultérieurs. L'ordonnance a un effet prospectif, et non rétroactif. La fixation du rendement futur et la surveillance générale [TRADUCTION] « des services de gaz et de leurs propriétaires » relevaient sans conteste du mandat légal de la Commission.

B. *The Board's Decision*

B. *La décision de la Commission*

94 ATCO argues that the Board's decision should be seen as a stand-alone decision divorced from its rate-making responsibilities. However, I do not agree that the hearing under s. 26 of the GUA can be isolated in this way from the Board's general regulatory responsibilities. ATCO argues in its factum that

ATCO soutient que la décision de la Commission doit être considérée isolément, sans égard aux attributions de l'organisme en matière de tarification. Toutefois, je ne crois pas que l'audience tenue pour l'application de l'art. 26 puisse être ainsi dissociée des attributions générales de la Commission à titre d'organisme de réglementation. Dans son mémoire, ATCO fait valoir ce qui suit :

> the subject application by [ATCO] to the Board did not concern or relate to a rate application, and the Board was not engaged in fixing rates (if that could provide any justification, which is denied).
>
> (Respondent's factum, at para. 98)

> [TRADUCTION] . . . la demande d'[ATCO] n'avait rien à voir avec l'approbation de tarifs et la Commission n'était pas engagée dans un processus de tarification (à supposer que cela ait pu la justifier, ce qui est nié).
>
> (Mémoire de l'intimée, par. 98)

95 It seems the Board proceeded with the s. 26 approval hearing separately from a rate setting hearing firstly because ATCO framed the proceeding in that way and secondly because this is the procedure approved by the Alberta Court of Appeal in *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171. That case (which I will refer to as *TransAlta (1986)*) is a leading Alberta authority dealing with the allocation of the gain on the disposal of utility assets and the source of what is called the *TransAlta Formula* applied by the Board in this case. Kerans J.A. had this to say, at p. 174:

Il semble que la Commission ait entendu la demande d'autorisation fondée sur l'art. 26 indépendamment d'une demande d'approbation de tarifs en raison, premièrement, de la manière dont ATCO avait engagé l'instance et, deuxièmement, de l'approbation de cette démarche par la Cour d'appel de l'Alberta dans *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171 (« *TransAlta (1986)* »). Il s'agit de l'arrêt de principe albertain en ce qui concerne l'attribution du profit réalisé lors de l'aliénation d'un bien affecté à un service public, et la Cour d'appel y a énoncé la *formule TransAlta* que la Commission a appliquée en l'espèce. Voici ce qu'a dit le juge Kerans à ce sujet (p. 174) :

> I observe parenthetically that I now appreciate that it suits the convenience of everybody involved to resolve

> [TRADUCTION] Je signale en passant que je comprends maintenant que toutes les parties ont intérêt à ce que

issues of this sort, if possible, before a general rate hearing so as to lessen the burden on that already complex procedure.

Given this encouragement from the Alberta Court of Appeal, I would place little significance on ATCO's procedural point. As will be seen, the Board's ruling is directly tied into the setting of general rates because two thirds of the profit is taken into account as an offset to ATCO's costs from which its revenue requirement is ultimately derived. As stated, ATCO's profit on the sale of the Calgary property will be a current (not historical) receipt and, if the Board has its way, two thirds of it will be applied to future (not retroactive) rate making.

The s. 26 hearing proceeded in two phases. The Board first determined that it would not deny its approval to the proposed sale as it met a "no-harm test" devised over the years by Board practice (it is not to be found in the statutes) (Decision 2001-78). However, the Board linked its approval to subsequent consideration of the financial ramifications, as the Board itself noted:

> The Board approved the Sale in Decision 2001-78 based on evidence that customers did not object to the Sale [and] would not suffer a reduction in services nor would they be exposed to the risk of financial harm as a result of the Sale *that could not be examined in a future proceeding*. On that basis the Board determined that the no-harm test had been satisfied and that the Sale could proceed. [Underlining and italics added.]
>
> (Decision 2002-037, at para. 13)

In effect, ATCO ignores the italicized words. It argues that the Board was *functus* after the first phase of its hearing. However, ATCO itself had agreed to the two-phase procedure, and indeed the second phase was devoted to ATCO's own application for an allocation of the profits on the sale.

les questions de cette nature soient, si possible, résolues avant l'audition de la demande générale de majoration tarifaire de manière à ne pas alourdir cette procédure déjà complexe.

96 Fort de ces propos de la Cour d'appel de l'Alberta, j'accorderais peu d'importance à l'argument procédural d'ATCO. Nous le verrons, la décision de la Commission est directement liée à la tarification générale, les deux tiers du profit étant déduits des coûts à partir desquels sont ultimement déterminés les besoins en revenus d'ATCO. Je l'ai déjà dit, le profit tiré de la vente des biens d'ATCO situés à Calgary constituera une rentrée courante (et non historique), et si la décision de la Commission est confirmée, les deux tiers du profit tiré de l'opération seront pris en compte pour la tarification ultérieure (et non de manière rétroactive).

97 L'audience tenue pour l'application de l'art. 26 s'est déroulée en deux étapes. La Commission a d'abord décidé qu'elle ne refusait pas d'autoriser la vente projetée vu l'« absence de préjudice », un critère qu'elle avait élaboré au fil des ans, mais qui n'était pas prévu dans les lois (décision 2001-78). Cependant, elle a lié son autorisation à l'examen subséquent des conséquences financières. Comme elle l'a elle-même fait remarquer :

> [TRADUCTION] Dans la décision 2001-78, la Commission a autorisé la vente parce qu'il avait été établi que les clients ne s'opposaient pas à l'opération, qu'ils ne subiraient pas une diminution de service et que la vente ne risquait pas de leur infliger un préjudice financier *qui ne pourrait faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une procédure ultérieure*. Elle a donc conclu à l'absence de préjudice et décidé que la vente pouvait avoir lieu. [Soulignements et italiques ajoutés.]
>
> (Décision 2002-037, par. 13)

98 ATCO fait abstraction de ce qui figure en italique dans cet extrait. Elle soutient que la Commission était *functus officio* après la première étape de l'audience. Or, elle avait elle-même consenti au déroulement de la procédure en deux étapes, et la deuxième partie de l'audience a effectivement été consacrée à sa demande d'attribution du profit tiré de la vente.

99 In the second phase of the s. 26 approval hearing, the Board allocated one third of the net gain to ATCO and two thirds to the rate base (which would benefit ratepayers). The Board spelled out why it considered these conditions to be necessary in the public interest. The Board explained that it was necessary to balance the interests of both shareholders and ratepayers within the framework of what it called "the regulatory compact" (Decision 2002-037, at para. 44). In the Board's view:

(a) there ought to be a balancing of the interests of the ratepayers and the owners of the utility;

(b) decisions made about the utility should be driven by both parties' interests;

(c) to award the entire gain to the ratepayers would deny the utility an incentive to increase its efficiency and reduce its costs; and

(d) to award the entire gain to the utility might encourage speculation in non-depreciable property or motivate the utility to identify and dispose of properties which have appreciated for reasons other than the best interest of the regulated business.

100 For purposes of this appeal, it is important to set out the Board's policy reasons in its own words:

> To award the entire net gain on the land and buildings to the customers, while beneficial to the customers, could establish an environment that may deter the process wherein the company continually assesses its operation to identify, evaluate, and select options that continually increase efficiency and reduce costs.
>
> Conversely, to award the entire net gain to the company may establish an environment where a regulated utility company might be moved to speculate in non-depreciable property or result in the company being motivated to identify and sell existing properties where appreciation has already occurred.
>
> The Board believes that some method of balancing both parties' interests will result in optimization

Au cours de la deuxième étape de l'audition de la demande fondée sur l'art. 26, la Commission a attribué un tiers du profit net à ATCO et deux tiers à la base tarifaire (au bénéfice des clients). Elle a exposé les raisons pour lesquelles elle jugeait cette répartition nécessaire à la protection de l'intérêt public. Elle a expliqué qu'il fallait mettre en balance les intérêts des actionnaires et ceux des clients dans le cadre de ce qu'elle a appelé [TRADUCTION] « le pacte réglementaire » (décision 2002-037, par. 44). Selon la Commission :

a) il faut mettre en balance les intérêts des clients et ceux des propriétaires de l'entreprise de services publics;

b) les décisions visant l'entreprise doivent tenir compte des intérêts des deux parties;

c) attribuer aux clients la totalité du profit tiré de la vente n'inciterait pas l'entreprise à accroître son efficacité et à réduire ses coûts;

d) en attribuer la totalité à l'entreprise pourrait encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'est accrue et leur aliénation pour des motifs étrangers à l'intérêt véritable de l'entreprise réglementée.

Pour les besoins du présent pourvoi, il importe de rappeler les considérations de principe invoquées par la Commission :

> [TRADUCTION] Il serait avantageux pour les clients de leur attribuer la totalité du profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments, mais cela pourrait dissuader la société de soumettre son fonctionnement à une analyse continue afin de trouver des moyens d'améliorer son rendement et de réduire ses coûts de manière constante.
>
> À l'inverse, attribuer à l'entreprise réglementée la totalité du profit net pourrait encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'est déjà accrue et leur aliénation.
>
> La Commission croit qu'une certaine mise en balance des intérêts des deux parties permettra la

of business objectives for both the customer and the company. Therefore, the Board considers that sharing of the net gain on the sale of the land and buildings collectively in accordance with the TransAlta Formula is equitable in the circumstances of this application and is consistent with past Board decisions. [Emphasis added; paras. 112-14.]

The Court was advised that the two-third share allocated to ratepayers would be included in ATCO's rate calculation to set off against the costs included in the rate base and amortized over a number of years.

C. *Standard of Review*

The Court's modern approach to this vexed question was recently set out by McLachlin C.J. in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26:

> In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors — the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question — law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

I do not propose to cover the ground already set out in the reasons of my colleague Bastarache J. We agree that the standard of review on matters of jurisdiction is correctness. We also agree that the Board's *exercise* of its jurisdiction calls for greater judicial deference. Appeals from the Board are limited to questions of law or jurisdiction. The Board knows a great deal more than the courts about gas utilities, and what limits it is necessary to impose "in the public interest" on their dealings with assets whose cost is included in the rate base. Moreover, it is difficult to think of a broader discretion than that conferred on the Board to "impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest" (s. 15(3)(d) of the AEUBA).

réalisation optimale des objectifs de l'entreprise dans son propre intérêt et dans celui de ses clients. Par conséquent, elle estime équitable en l'espèce et conforme à ses décisions antérieures de partager selon la formule TransAlta le profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments. [Je souligne; par. 112-114.]

101 On a informé notre Cour que les deux tiers du profit attribués aux clients seraient déduits des coûts considérés pour l'établissement de la base tarifaire d'ATCO, puis amortis sur un certain nombre d'années.

C. *La norme de contrôle*

102 L'approche actuelle de notre Cour à l'égard de cette question épineuse a récemment été précisée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26 :

> Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels — la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

103 Je n'entends pas reprendre les propos de mon collègue le juge Bastarache à ce sujet. Nous convenons que la norme applicable en matière de compétence est celle de la décision correcte. Nous convenons également qu'en ce qui a trait à l'*exercice* de sa compétence par la Commission, une déférence accrue s'impose. Il ne peut être interjeté appel d'une décision de la Commission que sur une question de droit ou de compétence. La Commission en sait bien davantage qu'une cour de justice sur les services de gaz et les limites qui doivent leur être imposées « dans l'intérêt public » lorsqu'ils effectuent des opérations relatives à des biens dont le coût est inclus dans la base tarifaire. De plus, il est difficile d'imaginer un pouvoir discrétionnaire plus vaste que celui

The identification of a subjective discretion in the decision maker ("the Board considers necessary"), the expertise of that decision maker and the nature of the decision to be made ("in the public interest"), in my view, call for the most deferential standard, patent unreasonableness.

104 As to the phrase "the Board considers necessary", Martland J. stated in *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24, at p. 34:

> The question as to whether or not the respondent's lands were "necessary" is not one to be determined by the Courts in this case. The question is whether the Minister "deemed" them to be necessary.

See also D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at para. 14:2622: "*'Objective' and 'Subjective' Grants of Discretion*".

105 The expert qualifications of a regulatory Board are of "utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause", as stated by Sopinka J. in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335. He continued:

> Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada* [*v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722], it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

(This *dictum* was cited with approval in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 592.)

— conféré à la Commission — d'[TRADUCTION] « imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public » (al. 15(3)d) de l'AEUBA). L'élément subjectif de ce pouvoir (« qu'elle juge nécessaires »), l'expertise du décideur et la nature de la décision (« dans l'intérêt public ») appellent à mon avis la plus grande déférence et l'application de la norme de la décision manifestement déraisonnable.

En ce qui a trait à l'élément « qu'elle juge nécessaires », le juge Martland a dit ce qui suit dans l'arrêt *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24, p. 34 :

> [TRADUCTION] En l'espèce, il n'appartient pas à une cour de justice de déterminer si les terrains de l'intimé étaient ou non « nécessaires », mais bien si le ministre a « estimé » qu'ils l'étaient.

Voir également D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, par. 14:2622 : « *"Objective" and "Subjective" Grants of Discretion* ».

Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 335, l'expertise que possède un organisme de réglementation est « de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l'intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision d'un tribunal en l'absence d'une clause privative intégrale ». Il a ajouté :

> Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l'examen par voie d'appel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bell Canada* [*c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722], on a souligné qu'il y avait lieu pour le tribunal d'appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

(Cette opinion incidente a été citée avec approbation dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 592.)

A regulatory power to be exercised "in the public interest" necessarily involves accommodation of conflicting economic interests. It has long been recognized that what is "in the public interest" is not really a question of law or fact but is an opinion. In *TransAlta (1986)*, the Alberta Court of Appeal (at para. 24) drew a parallel between the scope of the words "public interest" and the well-known phrase "public convenience and necessity" in its citation of *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.*, [1958] S.C.R. 353, where this Court stated, at p. 357:

> [T]he question whether public convenience and necessity requires a certain action is not one of fact. It is predominantly the formulation of an opinion. Facts must, of course, be established to justify a decision by the Commission but that decision is one which cannot be made without a substantial exercise of administrative discretion. In delegating this administrative discretion to the Commission the Legislature has delegated to that body the responsibility of deciding, in the public interest . . . . [Emphasis added.]

This passage reiterated the *dictum* of Rand J. in *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] S.C.R. 185, at p. 190:

> It was argued, and it seems to have been the view of the Court, that the determination of public convenience and necessity was itself a question of fact, but with that I am unable to agree: it is not an objective existence to be ascertained; the determination is the formulation of an opinion, in this case, the opinion of the Board and of the Board only. [Emphasis added.]

Of course even such a broad power is not untrammelled. But to say that such a power is capable of abuse does not lead to the conclusion that it should be truncated. I agree on this point with Reid J. (co-author of R. F. Reid and H. David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed. 1978), and co-editor of P. Anisman and R. F. Reid, *Administrative Law Issues and Practice* (1995)), who wrote in *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79 (Div. Ct.), in relation to the powers of the Ontario Securities Commission, at p. 97:

106 L'exercice d'un pouvoir de réglementation « dans l'intérêt public » exige nécessairement la conciliation d'intérêts économiques divergents. Il est depuis longtemps établi que la question de savoir ce qui est « dans l'intérêt public » n'est pas véritablement une question de droit ou de fait, mais relève plutôt de l'opinion. Dans *TransAlta (1986)*, la Cour d'appel de l'Alberta a fait (au par. 24) un parallèle entre la portée des mots « intérêt public » et celle de l'expression bien connue « la commodité et les besoins du public » en citant l'arrêt *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. c. Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353, où notre Cour avait dit ce qui suit à la p. 357 :

> [TRADUCTION] [L]a question de savoir si la commodité et les besoins du public nécessitent l'accomplissement de certains actes n'est pas une question de fait. C'est avant tout l'expression d'une opinion. Il faut évidemment que la décision de la Commission se fonde sur des faits mis en preuve, mais cette décision ne peut être prise sans que la discrétion administrative y joue un rôle important. En conférant à la Commission ce pouvoir discrétionnaire, la Législature a délégué à cet organisme la responsabilité de décider, dans l'intérêt du public . . . [Je souligne.]

107 Dans cet extrait, notre Cour reprenait l'opinion incidente du juge Rand dans l'arrêt *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] R.C.S. 185, p. 190 :

> [TRADUCTION] On a prétendu, et la Cour a semblé d'accord, que l'appréciation de la commodité et des besoins du public est elle-même une question de fait, mais je ne puis souscrire à cette opinion : il ne s'agit pas de déterminer si objectivement telle situation existe. La décision consiste à exprimer une opinion, en l'espèce, l'opinion du Comité et du Comité seulement. [Je souligne.]

108 Évidemment, même un pouvoir aussi vaste n'est pas absolu. Mais reconnaître qu'il puisse faire l'objet d'abus n'implique pas qu'il doive être restreint. Je suis d'accord sur ce point avec l'avis exprimé par le juge Reid (coauteur de R. F. Reid et H. David, *Administrative Law and Practice* (2e éd. 1978), et coéditeur de P. Anisman et R. F. Reid, *Administrative Law Issues and Practice* (1995)), dans la décision *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79 (C. div.), p. 97, au sujet des pouvoirs de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario :

. . . when the Commission has acted *bona fide*, with an obvious and honest concern for the public interest, and with evidence to support its opinion, the prospect that the breadth of its discretion might someday tempt it to place itself above the law by misusing that discretion is not something that makes the existence of the discretion bad *per se*, and requires the decision to be struck down.

(The *C.T.C. Dealer Holdings* decision was referred to with apparent approval by this Court in *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, at para. 42.)

109 "Patent unreasonableness" is a highly deferential standard:

A correctness approach means that there is only one proper answer. A patently unreasonable one means that there could have been many appropriate answers, but not the one reached by the decision maker.

(*C.U.P.E.*, at para. 164)

110 Having said all that, in my view nothing much turns on the result on whether the proper standard in that regard is patent unreasonableness (as I view it) or simple reasonableness (as my colleague sees it). As will be seen, the Board's response is well within the range of established regulatory opinions. Hence, even if the Board's conditions were subject to the less deferential standard, I would find no cause for the Court to interfere.

D. *Did the Board Have Jurisdiction to Impose the Conditions It Did on the Approval Order "In the Public Interest"?*

111 ATCO says the Board had no jurisdiction to impose conditions that are "confiscatory". Framing the question in this way, however, assumes the point in issue. The correct point of departure is not to assume that ATCO is entitled to the net gain and then ask if the Board can confiscate it. ATCO's investment of $83,000 was added in increments to its regulatory cost base as the land was acquired from

[TRADUCTION] . . . lorsque la Commission a agi de bonne foi en se souciant clairement et véritablement de l'intérêt public et en fondant son opinion sur des éléments de preuve, le risque que l'étendue de son pouvoir discrétionnaire puisse un jour l'inciter à l'exercer abusivement et à se placer ainsi au-dessus de la loi ne fait pas de l'existence de ce pouvoir une mauvaise chose en soi et n'exige pas l'annulation de la décision de la Commission.

(Notre Cour a fait mention, apparemment avec approbation, de la décision *C.T.C. Dealer Holdings* dans l'arrêt *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, par. 42.)

La norme du « manifestement déraisonnable » appelle un degré élevé de déférence judiciaire :

La méthode de la décision correcte signifie qu'il n'y a qu'une seule réponse appropriée. La méthode du caractère manifestement déraisonnable signifie que de nombreuses réponses appropriées étaient possibles, sauf celle donnée par le décideur.

(*S.C.F.P.*, par. 164)

Cela dit, il importe peu à mon sens que la norme applicable soit celle du manifestement déraisonnable (comme je le pense) ou celle du raisonnable *simpliciter* (comme le croit mon collègue). Nous le verrons, la décision de la Commission se situe dans les limites des opinions exprimées par les organismes de réglementation. Même si une norme moins déférente s'appliquait aux conditions imposées par la Commission, je ne verrais aucune raison d'intervenir.

D. *La Commission avait-elle le pouvoir d'assortir son autorisation des conditions en cause « dans l'intérêt public »?*

ATCO prétend que la Commission n'avait pas le pouvoir d'imposer des conditions ayant un effet « confiscatoire ». Or, en s'exprimant ainsi, elle présume de la question en litige. La bonne démarche n'est pas de supposer qu'ATCO avait droit au profit net tiré de la vente, puis de se demander si la Commission pouvait le confisquer. L'investissement de 83 000 $ d'ATCO a graduellement été pris en

time to time between 1922 and 1965. It is in the nature of a regulated industry that the question of what is a just and equitable return is determined by a board and not by the vagaries of the speculative property market.

I do not think the legal debate is assisted by talk of "confiscation". ATCO is prohibited by statute from disposing of the asset without Board approval, and the Board has statutory authority to impose conditions on its approval. The issue thus necessarily turns not on the *existence* of the jurisdiction but on the *exercise* of the Board's jurisdiction to impose the conditions that it did, and in particular to impose a shared allocation of the net gain.

E. *Did the Board Improperly Exercise the Jurisdiction It Possessed to Impose Conditions the Board Considered "Necessary in the Public Interest"?*

There is no doubt that there are many approaches to "the public interest". Which approach the Board adopts is largely (and inherently) a matter of opinion and discretion. While the statutory framework of utilities regulation varies from jurisdiction to jurisdiction, and practice in the United States must be read in light of the constitutional protection of property rights in that country, nevertheless Alberta's grant of authority to its Board is more generous than most. ATCO concedes that its "property" claim would have to give way to a contrary legislative intent, but ATCO says such intent cannot be found in the statutes.

Most if not all regulators face the problem of how to allocate gains on property whose original cost is included in the rate base but is no longer required to provide the service. There is a wealth of regulatory experience in many jurisdictions that the Board is entitled to (and does) have regard to in formulating its policies. Striking the correct balance in the allocation of gains between ratepayers

compte dans sa base tarifaire réglementaire puisque l'acquisition du terrain s'est échelonnée de 1922 à 1965. Dans un secteur réglementé, le rendement juste et équitable est déterminé par l'organisme de réglementation compétent et non par le marché spéculatif et aléatoire de l'immobilier.

Je ne crois pas que l'allégation d'effet « confiscatoire » apporte quoi que ce soit au débat juridique. La loi interdit à ATCO de se départir de ses biens sans l'autorisation de la Commission et investit cette dernière du pouvoir d'assortir son autorisation de conditions. Ce n'est donc pas l'*existence* de la compétence qui est en litige, mais plutôt la manière dont la Commission l'a *exercée* en imposant des conditions et, plus particulièrement, en répartissant le profit net tiré de la vente. 112

E. *La Commission a-t-elle exercé sa compétence irrégulièrement en imposant les conditions qu'elle jugeait « nécessaires dans l'intérêt public »?*

Il y a évidemment de nombreuses façons de concevoir « l'intérêt public ». Celle de la Commission tient essentiellement (et de manière inhérente) à son opinion et à son pouvoir discrétionnaire. Même si le cadre législatif de la réglementation des services publics varie d'un ressort à l'autre et qu'aux États-Unis, la pratique doit être interprétée à la lumière de la protection constitutionnelle du droit de propriété, la Commission s'est vu conférer par le législateur albertain un pouvoir plus étendu que celui accordé à la plupart des organismes apparentés. ATCO reconnaît que sa prétention fondée sur le « droit de propriété » ne saurait tenir face à l'intention contraire du législateur, mais elle affirme qu'une telle intention ne ressort pas des lois. 113

La plupart des organismes de réglementation, sinon tous, sont appelés à décider de l'attribution du profit tiré d'un bien dont le coût historique est inclus dans la base tarifaire, mais qui n'est plus nécessaire pour fournir le service. Lorsqu'elle formule ses politiques, la Commission peut tenir compte (et elle tient compte) d'une foule de précédents provenant de nombreux ressorts. Trouver le bon 114

and investors is a common preoccupation of comparable boards and agencies:

> First, it prevents the utility from degrading the quality, or reducing the quantity, of the regulated service so as to harm consumers. Second, it ensures that the utility maximizes the aggregate economic benefits of its operations, and not merely the benefits flowing to some interest group or stakeholder. Third, it specifically seeks to prevent favoritism toward investors to the detriment of ratepayers affected by the transaction.

(P. W. MacAvoy and J. G. Sidak, "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233, at p. 234)

115 The concern with which Canadian regulators view utilities under their jurisdiction that are speculating in land is not new. In *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, June 30, 1976, the Ontario Energy Board considered how to deal with a real estate profit on land which was disposed of at an after-tax profit of over $2 million. The Board stated:

> The Station "B" property was not purchased by Consumers' for land speculation but was acquired for utility purposes. This investment, while non-depreciable, was subject to interest charges and risk paid for through revenues and, until the gas manufacturing plant became obsolete, disposal of the land was not a feasible option. If, in such circumstances, the Board were to permit real estate profit to accrue to the shareholders only, it would tend to encourage real estate speculation with utility capital. In the Board's opinion, the shareholders and the ratepayers should share the benefits of such capital gains. [Emphasis added; para. 326.]

116 Some U.S. regulators also consider it good regulatory policy to allocate part or all of the profit to offset costs in the rate base. In *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (Mass. D.P.U. 1982), the regulator allocated a gain on the sale of land to ratepayers, stating:

compromis dans la répartition du profit entre les clients et les investisseurs est une préoccupation commune aux organismes apparentés à la Commission :

> [TRADUCTION] D'abord, cela permet d'éviter que l'entreprise de services publics ne diminue qualitativement ou quantitativement le service réglementé et ne cause de la sorte un préjudice aux clients. Deuxièmement, elle garantit que l'entreprise maximisera l'ensemble des avantages financiers tirés de ses activités, et non seulement ceux destinés à certains groupes d'intérêt ou à d'autres intéressés. Troisièmement, elle vise précisément à ce que les investisseurs ne soient pas favorisés au détriment des clients touchés par l'opération.

(P. W. MacAvoy et J. G. Sidak, « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233, p. 234)

Ce n'est pas d'hier que les organismes de réglementation canadiens examinent de près les opérations de spéculation foncière auxquelles se livrent les services publics qui leur sont assujettis. Dans la décision *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, 30 juin 1976, la Commission de l'énergie de l'Ontario s'est demandé comment devait être considéré le profit de 2 millions de dollars, après impôt, tiré de la vente d'un terrain par une entreprise de services publics. Elle a dit :

> [TRADUCTION] Consumers' n'a pas acquis le bien-fonds (Station B) à des fins de spéculation, mais bien pour les besoins d'un service public. Même si cet investissement n'était pas amortissable, des intérêts et un risque lié à leur taux devaient être absorbés par les revenus et, jusqu'à ce que l'usine de production de gaz ne devienne obsolescente, l'aliénation du bien-fonds n'était pas possible. Par conséquent, si la commission permettait que seuls les actionnaires bénéficient du profit tiré de la vente d'un terrain, elle encouragerait la spéculation sur les biens des services publics. À son avis, ces gains en capital doivent être partagés entre les actionnaires et les clients. [Je souligne; par. 326.]

Certains organismes de réglementation américains jugent également opportun de déduire le profit, en tout ou en partie, de coûts pris en compte dans la base tarifaire. Dans *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (Mass. D.P.U. 1982), l'organisme de réglementation a attribué aux clients le profit tiré de la vente d'un terrain :

The company and its shareholders have received a return on the use of these parcels while they have been included in rate base, and are not entitled to any additional return as a result of their sale. To hold otherwise would be to find that a regulated utility company may speculate in nondepreciable utility property and, despite earning a reasonable rate of return from its customers on that property, may also accumulate a windfall through its sale. We find this to be an uncharacteristic risk/reward situation for a regulated utility to be in with respect to its plant in service. [Emphasis added; p. 26.]

[TRADUCTION] La société et ses actionnaires ont touché un rendement sur l'utilisation de ces parcelles de terrain le temps que leur coût a été inclus dans la base tarifaire, et ils n'ont droit à aucun rendement supplémentaire découlant de leur vente. Conclure le contraire équivaudrait à dire qu'une entreprise de services publics peut tirer avantage d'un bien non amortissable et que même si elle a obtenu de ses clients un rendement raisonnable à l'égard de ce bien, elle peut toucher en sus un profit inattendu en le vendant. Nous estimons que, dans le cas d'une installation en service, il s'agirait d'une situation risques/avantages inhabituelle pour une entreprise réglementée. [Je souligne; p. 26.]

Canadian regulators other than the Board are also concerned with the prospect that decisions of utilities in their regulated business may be skewed under the undue influence of prospective profits on land sales. In *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, March 1, 1991, the Ontario Energy Board determined that a $1.9 million gain on sale of land should be divided equally between shareholders and ratepayers. It held that

117 Au Canada, d'autres organismes de réglementation que la Commission craignent que la perspective de vendre des terrains à profit n'infléchisse les décisions des entreprises de services publics en ce qui concerne leurs activités réglementées. Dans la décision *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, 1er mars 1991, la Commission de l'énergie de l'Ontario a statué que le profit de 1,9 million de dollars réalisé lors de la vente d'un terrain devait être réparti également entre les actionnaires et les clients :

the allocation of 100 percent of the profit from land sales to either the shareholders or the ratepayers might diminish the recognition of the valid concerns of the excluded party. For example, the timing and intensity of land purchase and sales negotiations could be skewed to favour or disregard the ultimate beneficiary. [para. 3.3.8]

[TRADUCTION] . . . attribuer 100 p. 100 du profit tiré de la vente d'un terrain soit aux actionnaires de l'entreprise, soit à ses clients, pourrait diminuer l'attention accordée aux préoccupations légitimes de la partie exclue. Par exemple, le moment de l'acquisition d'un terrain et l'intensité des négociations la précédant pourraient être déterminés de façon à favoriser le bénéficiaire ultime de l'opération, ou à en faire fi. [par. 3.3.8]

The Board's principle of dividing the gain between investors and ratepayers is consistent, as well, with *Re Natural Resource Gas Ltd.*, RP-2002-0147, EB-2002-0446, June 27, 2003, in which the Ontario Energy Board addressed the allocation of a profit on the sale of land and buildings and again stated:

118 Le principe appliqué par la Commission, soit le partage du profit entre les investisseurs et les clients, est également conforme à la décision *Re Natural Resource Gas Ltd.*, RP-2002-0147, EB-2002-0446, 27 juin 2003, dans laquelle la Commission de l'énergie de l'Ontario, après s'être penchée sur la question du profit tiré de la vente d'un terrain et de bâtiments, a de nouveau conclu :

The Board finds that it is reasonable in the circumstances that the capital gains be shared equally between the Company and its customers. In making this finding the Board has considered the non-recurring nature of this transaction. [para. 45]

[TRADUCTION] La Commission juge raisonnable, dans les circonstances, de répartir les gains en capital à parts égales entre l'entreprise et ses clients. Pour arriver à cette conclusion, elle a tenu compte du caractère non récurrent de l'opération. [par. 45]

The wide variety of regulatory treatment of such gains was noted by Kerans J.A. in *TransAlta (1986)*, at pp. 175-76, including *Re Boston Gas Co.*

119 Dans *TransAlta (1986)*, p. 175-176, le juge Kerans a signalé que le sort réservé à de tels gains variait considérablement d'un organisme de

mentioned earlier. In *TransAlta (1986)*, the Board characterized TransAlta's gain on the disposal of land and buildings included in its Edmonton "franchise" as "revenue" within the meaning of the *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, c. H-13. (The case therefore did not deal with the power to impose conditions "the Board considers necessary in the public interest".) Kerans J.A. said (at p. 176):

> I do not agree with the Board's decision for reasons later expressed, but it would be fatuous to deny that its interpretation [of the word "revenue"] is one which the word can reasonably bear.

Kerans J.A. went on to find that in that case "[t]he compensation was, for all practical purposes, compensation for loss of franchise" (p. 180) and on that basis the gain in these "unique circumstances" (p. 179) could not, as a matter of law, be characterized as revenue, i.e. applying a correctness standard. The range of regulatory practice on the "gains on sale" issue was similarly noted by Goldie J.A. in *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58 (Y.C.A.), at para. 85.

120 A survey of recent regulatory experience in the United States reveals the wide variety of treatment in that country of gains on the sale of undepreciated land. The range includes proponents of ATCO's preferred allocation as well as proponents of the solution adopted by the Board in this case:

> Some jurisdictions have concluded that as a matter of equity, shareholders alone should benefit from any gain realized on appreciated real estate, because ratepayers generally pay only for taxes on the land and do not contribute to the cost of acquiring the property and pay no depreciation expenses. Under this analysis, ratepayers assume no risk for losses and acquire no legal or equitable interest in the property, but rather pay only for the use of the land in utility service.
>
> Other jurisdictions claim that ratepayers should retain some of the benefits associated with the sale of property dedicated to utility service. Those jurisdictions that have adopted an equitable sharing approach agree that a review of regulatory and judicial decisions

réglementation à l'autre, mentionnant à titre d'exemple la décision *Re Boston Gas Co.*, précitée. Dans cette affaire, la Commission avait assimilé à un « revenu » au sens de la *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, ch. H-13, le profit réalisé par TransAlta lors de la vente d'un terrain et de bâtiments appartenant à sa « concession » d'Edmonton. (La décision ne portait donc pas sur le pouvoir de la Commission d'imposer les conditions qu'« elle juge nécessaires dans l'intérêt public ».) Le juge Kerans a précisé (p. 176) :

> [TRADUCTION] Pour les motifs exposés ci-après, je ne suis pas d'accord avec la décision de la Commission, mais il serait absurde de ne pas reconnaître que [le mot « revenu »] puisse raisonnablement avoir le sens qu'elle lui prête.

Il a ajouté que [TRADUCTION] « l'indemnisation visait, à toutes fins utiles, à compenser la perte d'une concession » (p. 180), de sorte que, dans « ces circonstances exceptionnelles » (p. 179), le gain ne pouvait en droit être qualifié de revenu suivant la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Yukon Energy Corp. c. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58 (C.A.Y.), par. 85, le juge Goldie a lui aussi relevé la diversité de la pratique réglementaire à l'égard du « gain tiré d'une vente ».

Les décisions récentes d'organismes de réglementation des États-Unis révèlent que le sort réservé au gain réalisé lors de la vente d'un terrain non amorti y est aussi très variable et comprend tant la solution préconisée par ATCO que celle retenue par la Commission :

> [TRADUCTION] Certains ressorts ont conclu que, sur le plan de l'équité, seuls les actionnaires doivent bénéficier du gain tiré d'un terrain qui s'est apprécié, car en général, les clients des entreprises de services publics paient les taxes foncières et non le coût d'acquisition et les charges d'amortissement. Suivant ce raisonnement, les clients n'assument aucun risque de perte et n'acquièrent aucun droit sur le bien, y compris en equity.
>
> D'autres estiment que les clients ont droit à une partie des profits résultant de la vente d'un terrain affecté à un service public. Les ressorts qui ont opté pour une répartition équitable conviennent que l'examen des décisions des organismes de réglementation et des cours de

on the issue does not reveal any general principle that requires the allocation of benefits solely to shareholders; rather, the cases show only a general prohibition against sharing benefits on the sale property that has never been reflected in utility rates.

(P. S. Cross, "Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard?" (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44, at p. 44)

Regulatory opinion in the United States favourable to the solution adopted here by the Board is illustrated by *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (Ariz. C.C. 1988), at p. 361:

To the extent any general principles can be gleaned from the decisions in other jurisdictions they are: (1) the utility's stockholders are not *automatically* entitled to the gains from all sales of utility property; and (2) ratepayers are not entitled to all or any part of a gain from the sale of property which has never been reflected in the utility's rates. [Emphasis in original.]

Assets purchased with capital reflected in the rate base come and go, but the utility itself endures. What was done by the Board in this case is quite consistent with the "enduring enterprise" theory espoused, for example, in *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992). In that case, Southern California Water had asked for approval to sell an old headquarters building and the issue was how to allocate its profits on the sale. The Commission held:

Working from the principle of the "enduring enterprise", the gain-on-sale from this transaction should remain within the utility's operations rather than being distributed in the short run directly to either ratepayers or shareholders.

The "enduring enterprise" principle, is neither novel nor radical. It was clearly articulated by the Commission in its seminal 1989 policy decision on the issue of gain-on-sale, D.89-07-016, 32 Cal. P.U.C.2d 233 (*Redding*). Simply stated, to the extent that a utility realizes a gain-on-sale from the liquidation of an asset and replaces it with another asset or obligation while at

justice sur la question ne permet pas de dégager l'exigence générale que le profit soit attribué aux seuls actionnaires, mais seulement une interdiction générale de le répartir lorsque le coût du terrain n'a jamais été inclus dans la base tarifaire.

(P. S. Cross, « Rate Treatment of Gain on Sale of Land : Ratepayer Indifference, A New Standard? » (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44, p. 44)

La décision *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (Ariz. C.C. 1988), illustre le point de vue américain favorable à la solution retenue par la Commission dans la présente affaire (p. 361) :

[TRADUCTION] Les principes généraux qui peuvent être dégagés des décisions rendues dans d'autres ressorts, s'il en est, sont les suivants : (1) les actionnaires d'une entreprise de services publics n'ont pas *automatiquement* droit au gain réalisé lors de toute vente d'un bien affecté au service public; (2) les clients n'ont pas droit à la totalité ou à une partie du profit tiré lors de la vente d'un bien qui n'a jamais été pris en compte pour l'établissement des tarifs. [En italique dans l'original.]

La composition de l'actif dont le coût est pris en 121
compte dans la base tarifaire varie au gré des acquisitions et des aliénations, mais l'entreprise, elle, demeure. La démarche de la Commission en l'espèce est tout à fait compatible avec le principe de la « pérennité de l'entreprise » appliqué notamment dans *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992). Dans cette affaire, Southern California Water avait sollicité l'autorisation de vendre un vieil établissement, et la commission devait décider de l'attribution du profit tiré de l'opération. La commission a conclu :

[TRADUCTION] Partant du principe de la « pérennité de l'entreprise », le profit tiré de l'opération doit être affecté à l'exploitation du service public, et non attribué à court terme aux actionnaires ou aux clients directement.

Ce principe n'est ni nouveau ni absolu. Il a clairement été énoncé dans la décision de principe que la commission a rendue en 1989 concernant le gain réalisé lors d'une vente (D.89-07-016, 32 Cal. P.U.C.2d 233 (*Redding*)). En termes simples, lorsqu'une entreprise de services publics réalise un profit en vendant un bien qu'elle remplace par un autre ou par un titre de créance,

the same time its responsibility to serve its customers is neither relieved nor reduced, then any gain-on-sale should remain within the utility's operation. [p. 604]

122 In my view, neither the Alberta statutes nor regulatory practice in Alberta and elsewhere dictates the answer to the problems confronting the Board. It would have been open to the Board to allow ATCO's application for the entire profit. But the solution it adopted was quite within its statutory authority and does not call for judicial intervention.

F. *ATCO's Arguments*

123 Most of ATCO's principal submissions have already been touched on but I will repeat them here for convenience. ATCO does not really dispute the Board's ability to impose conditions on the sale of land. Rather, ATCO says that what the Board did here violates a number of basic legal protections and principles. It asks the Court to clip the Board's wings.

124 Firstly, ATCO says that customers do not acquire any proprietary right in the company's assets. ATCO, rather than its customers, originally purchased the property, held title to it, and therefore was entitled to any gain on its sale. An allocation of profit to the customers would amount to a confiscation of the corporation's property.

125 Secondly, ATCO says its retention of 100 percent of the gain has nothing to do with the so-called "regulatory compact". The gas customers paid what the Board regarded over the years as a fair price for safe and reliable service. That is what the ratepayers got and that is all they were entitled to. The Board's allocation of part of the profit to the ratepayers amounts to impermissible "retroactive" rate setting.

126 Thirdly, utilities are not entitled to include in the rate base an amount for *depreciation* on land and ratepayers have therefore not repaid ATCO any part of ATCO's original cost, let alone the present value. The treatment accorded gain on sales of depreciated property therefore does not apply.

sans que son obligation de servir la clientèle ne soit supprimée ou réduite, le profit doit être affecté à l'exploitation de l'entreprise. [p. 604]

À mon avis, ni les lois de l'Alberta ni la pratique réglementaire dans cette province et dans d'autres ressorts ne commandaient une décision en particulier. La Commission aurait pu accueillir la demande d'ATCO et lui attribuer la totalité du profit. Mais la solution qu'elle a retenue n'outrepassait aucunement sa compétence légale et ne justifie pas une intervention judiciaire.

F. *L'argumentation d'ATCO*

Les principaux arguments d'ATCO ont pour la plupart été abordés, mais, par souci de clarté, je les rappellerai. ATCO ne conteste pas vraiment le pouvoir de la Commission d'assortir de conditions la vente d'un terrain. Elle soutient plutôt que la Commission a violé en l'espèce un certain nombre de garanties et nous demande de restreindre sa marge de manœuvre.

Premièrement, ATCO prétend que les clients n'acquièrent aucun droit de propriété sur les biens de l'entreprise. C'est elle, et non ses clients, qui a initialement acheté le bien en question et qui en est devenue propriétaire, ce qui lui donnait droit à tout profit tiré de sa vente. Selon elle, attribuer le profit aux clients équivaut à confisquer l'actif de l'entreprise.

Deuxièmement, ATCO prétend que son droit à la totalité du profit n'a rien à voir avec le « pacte réglementaire ». Ses clients ont payé un prix que, d'une année à l'autre, la Commission a jugé raisonnable en contrepartie d'un service sûr et fiable. C'est ce qu'ils ont obtenu et c'est tout ce à quoi ils avaient droit. En leur attribuant une partie du profit, la Commission s'est indûment livrée à une tarification « rétroactive ».

Troisièmement, une entreprise de services publics ne peut *amortir* un terrain dans sa base tarifaire, de sorte que les clients n'ont pas défrayé ATCO de quelque partie du coût historique du terrain en question, encore moins en fonction de sa valeur actuelle. Le traitement réservé au profit tiré de la vente d'un bien amorti ne s'applique donc pas.

Fourthly, ATCO complains that the Board's solution is asymmetrical. Ratepayers are given part of the benefit of an increase in land values without, in a falling market, bearing any part of the burden of losses on the disposition of land.

In my view, these are all arguments that should be (and were) properly directed to the Board. There are indeed precedents in the regulatory field for what ATCO proposes, just as there are precedents for what the ratepayers proposed. It was for the Board to decide what conditions in these particular circumstances were necessary in the public interest. The Board's solution in this case is well within the range of reasonable options, as I will endeavour to demonstrate.

1. The Confiscation Issue

In its factum, ATCO says that "[t]he property belonged to the owner of the utility and the Board's proposed distribution cannot be characterized otherwise than as being confiscatory" (respondent's factum, at para. 6). ATCO's argument overlooks the obvious difference between investment in an unregulated business and investment in a regulated utility where the regulator sets the return on investment, not the marketplace. In *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (C.P.U.C. 1990) ("*SoCalGas*"), the regulator pointed out:

In the non-utility private sector, investors are not guaranteed to earn a fair return on such sunk investment. Although shareholders and bondholders provide the initial capital investment, the ratepayers pay the taxes, maintenance, and other costs of carrying utility property in rate base over the years, and thus insulate utility investors from the risk of having to pay those costs. Ratepayers also pay the utility a fair return on property (including land) while it is in rate base, compensate the utility for the diminishment of the value of its depreciable property over time through depreciation

Quatrièmement, ATCO reproche à la solution de la Commission de créer une disparité. Les clients se voient attribuer une partie du profit résultant de l'appréciation d'un terrain sans pour autant être tenus, advenant une contraction du marché, d'assumer une partie des pertes subies lors de son aliénation. 127

À mon avis, ce sont toutes des prétentions qui devaient être dûment formulées devant la Commission (et qui l'ont été). Certaines décisions d'organismes de réglementation étayent la thèse d'ATCO, d'autres appuient celle de ses clients. Il appartenait à la Commission de décider, au vu des circonstances, quelles conditions étaient nécessaires dans l'intérêt public. Comme je vais m'efforcer de le démontrer, la solution adoptée par la Commission en l'espèce s'inscrivait parmi celles pour lesquelles elle pouvait raisonnablement opter. 128

1. La question de l'effet confiscatoire

Dans son mémoire, ATCO affirme que [TRADUCTION] « [l]es biens appartenaient au propriétaire du service public et que la répartition projetée par la Commission ne peut avoir qu'un effet confiscatoire » (mémoire de l'intimée, par. 6). Cet argument ne tient pas compte de la différence manifeste entre un investissement dans une entreprise non réglementée et un investissement dans un service public réglementé, le taux de rendement étant, dans ce dernier cas, fixé par un organisme de réglementation, et non par le marché. Dans la décision *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (C.P.U.C. 1990) (« *SoCalGas* »), l'organisme de réglementation a fait remarquer : 129

[TRADUCTION] Dans le secteur privé, qui exclut donc les services publics, l'investisseur n'est pas assuré d'un rendement raisonnable sur un tel investissement irrécupérable. Bien que les actionnaires et les détenteurs d'obligations fournissent le capital initial, les clients paient au fil des ans, par le truchement de la base tarifaire, les taxes, les frais d'entretien et les autres coûts liés à la possession du bien, de sorte que la personne qui investit dans un service public ne risque pas d'avoir à supporter ces coûts. Les clients paient également un rendement raisonnable pendant que le bien (terrain

accounting, and bear the risk that they must pay depreciation and a return on prematurely retired rate base property. [p. 103]

(It is understood, of course, that the Board does not appropriate the actual proceeds of sale. What happens is that an amount *equivalent* to two-thirds of the profit is included in the calculation of ATCO's current cost base for rate-making purposes. In that way, there is a notional distribution of the benefit of the gain amongst the competing stakeholders.)

130 ATCO's argument is frequently asserted in the United States under the flag of constitutional protection for "property". Constitutional protection has not however prevented allocation of all or part of such gains to the U.S. ratepayers. One of the leading U.S. authorities is *Democratic Central Committee of the District of Columbia v. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (D.C. Cir. 1973). In that case, the assets at issue were parcels of real estate which had been employed in mass transit operations but which were no longer needed when the transit system converted to buses. The regulator awarded the profit on the appreciated land values to the shareholders but the Court of Appeals reversed the decision, using language directly applicable to ATCO's "confiscation" argument:

We perceive no impediment, constitutional or otherwise, to recognition of a ratemaking principle enabling ratepayers to benefit from appreciations in value of utility properties accruing while in service. We believe the doctrinal consideration upon which pronouncements to the contrary have primarily rested has lost all present-day vitality. Underlying these pronouncements is a basic legal and economic thesis — sometimes articulated, sometimes implicit — that utility assets, though dedicated to the public service, remain exclusively the property of the utility's investors, and that growth in value is an inseparable and inviolate incident of that property interest. The precept of private ownership historically pervading our jurisprudence led naturally to such a thesis, and early decisions in the ratemaking field lent some support to it; if still viable, it strengthens the investor's claim. We think, however, after careful

compris) est inclus dans la base tarifaire, ils indemnisent l'entreprise de la dépréciation d'un bien amortissable selon la méthode de la prise en charge par amortissement et ils courent le risque de payer l'amortissement et un rendement pour un bien inclus dans la base tarifaire qui est mis hors service prématurément. [p. 103]

(La Commission ne fait évidemment pas main basse sur le produit de la vente. Pour les besoins de la tarification, un montant *équivalant* aux deux tiers du profit est en fait pris en compte pour établir la base tarifaire actuelle d'ATCO. Le profit est donc réparti de manière abstraite entre les intéressés concurrents.)

L'argument d'ATCO est fréquemment invoqué aux États-Unis sur le fondement de la protection constitutionnelle du « droit de propriété », laquelle n'a toutefois pas empêché que tout ou partie du profit en cause soit attribué aux clients de services publics américains. L'un des arrêts de principe aux États-Unis est *Democratic Central Committee of the District of Columbia c. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (D.C. Cir. 1973). Dans cette affaire, des parcelles de terrain affectées au transport en commun étaient devenues superflues lorsque l'entreprise avait remplacé ses trolleybus par des autobus. L'organisme de réglementation a attribué aux actionnaires le profit tiré de la vente des terrains dont la valeur s'était appréciée, mais la cour d'appel a infirmé la décision en tenant un raisonnement directement applicable à l'effet « confiscatoire » allégué par ATCO :

[TRADUCTION] Nous ne voyons aucun obstacle, constitutionnel ou autre, à la reconnaissance d'un principe de tarification permettant aux clients de bénéficier de l'appréciation d'un bien survenue pendant son affectation au service public. Nous croyons que la doctrine fondant essentiellement les décisions contraires n'est plus pertinente. Un principe juridique et économique fondamental — parfois formulé en termes exprès, parfois implicite —, sous-tend ces décisions, savoir qu'un bien affecté à un service public demeure la propriété des seuls investisseurs de l'entreprise et que son appréciation est un élément indissociable et inviolable de ce droit de propriété. La notion de propriété privée qui imprègne notre jurisprudence a naturellement mené à l'application de ce principe, lequel a obtenu un certain appui dans les premières décisions en matière de tarification. S'il est encore valable, ce principe étaye la

exploration, that the foundations for that approach, and the conclusion it seemed to indicate, have long since eroded away. [p. 800]

The court's reference to "pronouncements" which have "lost all present-day vitality" likely includes *Board of Public Utility Commissioners v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976), a decision relied upon in this case by ATCO. In that case, the Supreme Court of the United States said:

> Customers pay for service, not for the property used to render it. Their payments are not contributions to depreciation or other operating expenses or to capital of the company. By paying bills for service they do not acquire any interest, legal or equitable, in the property used for their convenience or in the funds of the company. Property paid for out of moneys received for service belongs to the company just as does that purchased out of proceeds of its bonds and stock. [p. 32]

In that case, the regulator belatedly concluded that the level of depreciation allowed the New York Telephone Company had been excessive in past years and sought to remedy the situation in the current year by retroactively adjusting the cost base. The court held that the regulator had no power to re-open past rates. The financial fruits of the regulator's errors in past years now belonged to the company. That is not this case. No one contends that the Board's prior rates, based on ATCO's original investment, were wrong. In 2001, when the matter came before the Board, the Board had jurisdiction to approve or not approve the proposed sale. It was not a done deal. The receipt of any profit by ATCO was prospective only. As explained in *Re Arizona Public Service Co.*:

> In *New York Telephone*, the issue presented was whether a state regulatory commission could use excessive depreciation accruals from prior years to reduce rates for future service and thereby set rates which did not yield a just return. . . . [T]he Court simply reiterated and provided the reasons for a ratemaking truism: rates must be designed to produce enough revenue to pay

prétention de l'investisseur. Après mûre réflexion, nous pensons que ses fondements se sont depuis longtemps effrités et que la conclusion qu'il semblait dicter ne vaut plus. [p. 800]

Ces « décisions » qui ne sont « plus pertinente[s] » englobent sans doute *Board of Public Utility Commissioners c. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976), une décision invoquée par ATCO en l'espèce et dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a dit :

> [TRADUCTION] Les clients paient un service, et non le bien servant à sa prestation. Leurs paiements ne sont pas affectés à l'amortissement ou aux autres frais d'exploitation, non plus qu'au capital de l'entreprise. En acquittant leurs factures, les clients n'acquièrent aucun droit, suivant la loi ou l'equity, sur les biens utilisés pour fournir le service ou sur les fonds de l'entreprise. Les biens acquis avec les sommes reçues en contrepartie des services appartiennent à l'entreprise, tout comme ceux achetés avec les fonds obtenus par l'émission d'actions et d'obligations. [p. 32]

Dans cette affaire, ayant conclu tardivement que l'amortissement autorisé pour New York Telephone Company les années précédentes était trop élevé, l'organisme de réglementation avait tenté de corriger la situation pendant l'exercice en cours en rajustant rétroactivement la base tarifaire. La cour a statué que l'organisme n'avait pas le pouvoir de réviser une tarification antérieure. Les avantages financiers découlant des erreurs commises par l'organisme étaient désormais acquis à l'entreprise. Le contexte n'est pas le même en l'espèce. Nul ne prétend que la tarification antérieure établie par la Commission en fonction du coût historique était erronée. En 2001, lorsqu'elle a été saisie de l'affaire, la Commission avait le pouvoir d'autoriser ou non la vente projetée. L'opération n'avait pas encore été conclue. La réalisation d'un profit par ATCO n'était qu'une possibilité. Comme on l'a expliqué dans *Re Arizona Public Service Co.* :

> [TRADUCTION] Dans *New York Telephone*, le tribunal devait déterminer si l'organisme de réglementation de l'État en question pouvait affecter à la réduction des tarifs l'excédent accumulé aux fins d'amortissement les années précédentes et ainsi fixer des tarifs qui ne produisaient pas un rendement raisonnable. [. . .] [L]a Cour a simplement repris un truisme en l'expliquant : les

current (reasonable) operating expenses and provide a fair return to the utility's investors. If it turns out that, for whatever reason, existing rates have produced too much or too little income, the past is past. Rates are raised or lowered to reflect current conditions; they are not designed to pay back past excessive profits or recoup past operating losses. In contrast, the issue in this proceeding is whether for ratemaking purposes a utility's test year income from sales of utility service can include its income from sales of utility property. The United States Supreme Court's decision in *New York Telephone* does not address that issue. [Emphasis added; p. 361.]

131 More recently, the allocation of gain on sale was addressed by the California Public Utilities Commission in *SoCalGas*. In that case, as here, the utility (SoCalGas) wished to sell land and buildings located (in that case) in downtown Los Angeles. The Commission apportioned the gain on sale between the shareholders and the ratepayers, concluding that:

We believe that the issue of who owns the utility property providing utility service has become a red herring in this case, and that ownership alone does not determine who is entitled to the gain on the sale of the property providing utility service when it is removed from rate base and sold. [p. 100]

132 ATCO argues in its factum that ratepayers "do not acquire any interest, legal or equitable, in the property used to provide the service or in the funds of the owner of the utility" (para. 2). In *SoCalGas*, the regulator disposed of this point as follows:

No one seriously argues that ratepayers acquire title to the physical property assets used to provide utility service; DRA [Division of Ratepayer Advocates] argues that the gain on sale should reduce future revenue requirements not because ratepayers own the property, but rather because they paid the costs and faced the risks associated with that property while it was in rate base providing public service. [p. 100]

tarifs doivent être établis de façon que les revenus permettent d'acquitter les charges (raisonnables) d'exploitation courantes et que les investisseurs de l'entreprise obtiennent un rendement raisonnable. Lorsque, pour une raison ou une autre, les tarifs fixés produisent trop de revenus ou pas assez, on ne peut revenir en arrière. On augmente les tarifs ou on les réduit pour tenir compte de la situation actuelle; leur fixation ne vise pas la restitution de profits excessifs antérieurs ou la compensation de pertes d'exploitation antérieures. En l'espèce, il s'agit plutôt de déterminer si, pour l'établissement des tarifs, le revenu provenant de la fourniture d'un service public pendant une année de référence peut comprendre le produit de la vente de biens de l'entreprise de services publics. La décision *New York Telephone* de la Cour suprême des États-Unis ne porte pas sur cette question. [Je souligne; p. 361.]

Plus récemment, dans la décision *SoCalGas*, la commission californienne de surveillance des services publics s'est penchée sur la question de l'attribution du profit tiré d'une aliénation. Comme dans la présente affaire, l'entreprise de services publics (SoCalGas) souhaitait vendre un terrain et des bâtiments situés (dans ce cas) au centre-ville de Los Angeles. La commission a réparti le profit entre les actionnaires et les clients de l'entreprise et a conclu :

[TRADUCTION] Nous croyons que la question de savoir à qui appartient le bien affecté au service public est devenue un faux problème en l'espèce et que la propriété ne permet pas à elle seule de déterminer qui a droit au profit lorsque ce bien cesse d'être inclus dans la base tarifaire et est vendu. [p. 100]

ATCO soutient dans son mémoire que les clients [TRADUCTION] « n'acquièrent aucun droit, suivant la loi ou l'equity, sur les biens utilisés pour fournir le service, non plus que sur les fonds de l'entreprise » (par. 2). À cet égard, voici ce qu'a conclu l'organisme de réglementation dans *SoCalGas* :

[TRADUCTION] Personne ne prétend sérieusement que les clients acquièrent un droit de propriété sur les biens affectés au service public; la DRA [Division of Ratepayer Advocates] soutient que le profit tiré de leur vente doit être retranché des besoins en revenus ultérieurs non pas parce que les clients sont propriétaires de ces biens, mais parce qu'ils en ont payé les coûts et assumé les risques pendant leur affectation au service public et leur inclusion dans la base tarifaire. [p. 100]

This "risk" theory applies in Alberta as well. Over the last 80 years, there have been wild swings in Alberta real estate, yet through it all, in bad times and good, the ratepayers have guaranteed ATCO a just and equitable return on its investment in *this* land and *these* buildings.

Cette considération liée aux « risques » vaut également en Alberta. Pendant les 80 dernières années, le marché albertain de l'immobilier a connu des fluctuations considérables, mais durant toute cette période, que la conjoncture ait été favorable ou non, les clients ont garanti à ATCO un rendement juste et équitable pour le terrain et les bâtiments *considérés en l'espèce.*

The notion that the division of risk justifies a division of the net gain was also adopted by the regulator in *SoCalGas*: 133

L'approche suivant laquelle le partage des risques emporte le partage du gain net a également été retenue dans *SoCalGas* :

> Although the shareholders and bondholders provided the initial capital investment, the ratepayers paid the taxes, maintenance, and other costs of carrying the land and buildings in rate base over the years, and paid the utility a fair return on its unamortized investment in the land and buildings while they were in rate base. [p. 110]

> [TRADUCTION] Même si les actionnaires et les détenteurs d'obligations ont fourni le capital initial, les clients ont payé au fil des ans, par le truchement de la base tarifaire, les taxes, les frais d'entretien et les autres coûts liés à la possession du terrain et des bâtiments et ils ont assuré à l'entreprise un rendement raisonnable selon la valeur non amortie du terrain et des bâtiments pendant la période où leur coût a été inclus dans la base tarifaire. [p. 110]

In other words, even in the United States, where property rights are constitutionally protected, ATCO's "confiscation" point is rejected as an oversimplification.

Autrement dit, même aux États-Unis où le droit de propriété est protégé par la Constitution, la thèse de l'effet « confiscatoire » avancée par ATCO est rejetée au motif qu'elle est simpliste.

My point is not that the Board's allocation in this case is necessarily correct in all circumstances. Other regulators have determined that the public interest requires a different allocation. The Board proceeds on a "case-by-case" basis. My point simply is that the Board's response in this case cannot be considered "confiscatory" in any proper use of the term, and is well within the range of what are regarded in comparable jurisdictions as appropriate regulatory responses to the allocation of the gain on sale of land whose original investment has been included by the utility itself in its rate base. The Board's decision is protected by a deferential standard of review and in my view it should not have been set aside. 134

Je ne prétends pas que l'attribution du profit en l'espèce convient nécessairement en toute circonstance. D'autres organismes de réglementation ont jugé que l'intérêt public commande une attribution différente. La Commission tranche au cas par cas. Je dis simplement que la mesure retenue ne peut être qualifiée de « confiscatoire » dans quelque acception de ce terme et qu'elle fait partie des solutions jugées acceptables dans des ressorts comparables en ce qui concerne l'attribution du profit tiré de la vente d'un terrain dont l'entreprise de services publics a elle-même inclus le coût historique dans sa base tarifaire. La déférence s'impose en l'espèce et, à mon avis, la décision de la Commission n'aurait pas dû être annulée.

2. The Regulatory Compact

2. Le pacte réglementaire

The Board referred in its decision to the "regulatory compact" which is a loose expression suggesting that in exchange for a statutory monopoly 135

Dans sa décision, la Commission renvoie au « pacte réglementaire », notion aux contours flous selon laquelle, en contrepartie d'un monopole

and receipt of revenue on a cost plus basis, the utility accepts limitations on its rate of return and its freedom to do as it wishes with property whose cost is reflected in its rate base. This was expressed in the *Washington Metropolitan Area Transit* case by the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit as follows:

> The ratemaking process involves fundamentally "a balancing of the investor and the consumer interests". The investor's interest lies in the integrity of his investment and a fair opportunity for a reasonable return thereon. The consumer's interest lies in governmental protection against unreasonable charges for the monopolistic service to which he subscribes. In terms of property value appreciations, the balance is best struck at the point at which the interests of both groups receive maximum accommodation. [p. 806]

136 ATCO considers that the Board's allocation of profit violated the regulatory compact not only because it is confiscatory but because it amounts to "retroactive rate making". In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, Estey J. stated, at p. 691:

> It is clear from many provisions of *The Gas Utilities Act* that the Board must act prospectively and may not award rates which will recover expenses incurred in the past and not recovered under rates established for past periods.

137 As stated earlier, the Board in this case was addressing a prospective receipt and allocated two thirds of it to a prospective (not retroactive) ratemaking exercise. This is consistent with regulatory practice, as is illustrated by *New York Water Service Corp. v. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960). In that case, a utility commission ruled that gains on the sale of real estate should be taken into account to reduce rates annually over the following period of 17 years :

> If land is sold at a profit, it is required that the profit be added to, i.e., "credited to", the depreciation reserve, so

conféré par la loi et d'un revenu calculé suivant la méthode du coût d'achat majoré, l'entreprise de services publics accepte de voir son rendement limité de même que sa liberté de se départir des biens dont le coût est pris en compte pour établir sa base tarifaire. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Washington Metropolitan Area Transit* de la Cour d'appel des États-Unis (circuit du district de Columbia) :

> [TRADUCTION] Le processus de tarification consiste essentiellement à « mettre en balance l'intérêt de l'investisseur et celui du consommateur ». L'intérêt de l'investisseur est de protéger son investissement et d'avoir une possibilité raisonnable de toucher un rendement acceptable. L'intérêt du consommateur réside dans la protection gouvernementale contre la tarification déraisonnable de services fournis dans un contexte monopolistique. Pour ce qui est de l'appréciation d'un bien, l'équilibre optimal est atteint lorsque les intérêts de l'un et de l'autre sont respectés le plus possible. [p. 806]

ATCO estime que la manière dont la Commission a attribué le profit contrevient au pacte réglementaire non seulement en raison de son effet confiscatoire, mais aussi parce qu'il s'agit d'une « tarification rétroactive ». Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, le juge Estey a dit ce qui suit à la p. 691 :

> Il ressort clairement de plusieurs dispositions de *The Gas Utilities Act* que la Commission n'agit que pour l'avenir et ne peut fixer des tarifs qui permettraient à l'entreprise de recouvrer des dépenses engagées antérieurement et que les tarifs précédents n'avaient pas suffi à compenser.

Je le répète, la Commission était appelée à se prononcer sur une rentrée projetée et elle a décidé que les deux tiers devraient être pris en compte dans la tarification ultérieure (et non antérieure), ce qui est conforme à la pratique réglementaire. Par exemple, dans la décision *New York Water Service Corp. c. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960), l'organisme de réglementation a statué que le profit réalisé lors de la vente d'un terrain devrait servir à réduire les tarifs pour les 17 années suivantes :

> [TRADUCTION] Lorsqu'un terrain est vendu à profit, le gain doit être ajouté à l'amortissement cumulé, c.-à-d.

that there is a corresponding reduction of the rate base and resulting return. [p. 864]

The regulator's order was upheld by the New York State Supreme Court (Appellate Division).

More recently, in *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995), the regulator commented:

> . . . we found it appropriate to allocate the principal amount of the gain to offset future costs of headquarters facilities, because ratepayers had borne the burden of risks and expenses while the property was in rate-base. At the same time, we found that it was equitable to allocate a portion of the benefits from the gain-on-sale to shareholders in order to provide a reasonable incentive to the utility to maximize the proceeds from selling such property and compensate shareholders for any risks borne in connection with holding the former property. [p. 529]

The emphasis in all these cases is on balancing the interests of the shareholders and the ratepayers. This is perfectly consistent with the "regulatory compact" approach reflected in the Board doing what it did in this case.

3. Land as a Non-Depreciable Asset

The Alberta Court of Appeal drew a distinction between gains on sale of land, whose original cost is not depreciated (and thus is not repaid in increments through the rate base) and depreciated property such as buildings where the rate base does include a measure of capital repayment and which in that sense the ratepayers have "paid for". The Alberta Court of Appeal held that the Board was correct to credit the rate base with an amount equivalent to the depreciation paid in respect of the buildings (this is the subject matter of ATCO's cross-appeal). Thus, in this case, the land was still carried on ATCO's books at its original price of $83,720 whereas the original $596,591 cost of the buildings had been depreciated through the rates charged customers to a net book value of $141,525.

« porté à son crédit », de manière à réduire proportionnellement la base tarifaire et, par conséquent, le rendement. [p. 864]

L'ordonnance a été confirmée par la Cour suprême de l'État de New York (section d'appel).

Plus récemment, dans la décision *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995), l'organisme de réglementation a dit : 138

> [TRADUCTION] . . . nous avons jugé approprié de déduire la plus grande partie du profit des coûts futurs liés au siège de l'entreprise parce que les clients avaient assumé les risques et les charges pendant l'inclusion du bien dans la base tarifaire. Nous avons également jugé équitable d'attribuer une partie du profit aux actionnaires afin d'inciter raisonnablement l'entreprise à obtenir le meilleur prix de vente possible et d'indemniser les actionnaires des risques inhérents à la possession du bien. [p. 529]

Toutes ces décisions mettent l'accent sur la mise en balance des intérêts des actionnaires et des clients, ce qui est tout à fait compatible avec la théorie du « pacte réglementaire » qui sous-tend la décision de la Commission en l'espèce. 139

3. Le terrain en tant que bien non amortissable

La Cour d'appel de l'Alberta a établi une distinction entre le profit tiré de la vente d'un terrain, dont le coût historique n'est pas amorti (et qui n'est donc pas graduellement remboursé par le truchement de la base tarifaire), et le profit tiré de la vente d'un bien amorti, comme un bâtiment, pour lequel la base tarifaire opère un certain remboursement du capital et qui, en ce sens, « a été payé » par les clients. Elle a conclu que la Commission avait eu raison d'inclure dans la base tarifaire l'équivalent de l'amortissement consenti pour les bâtiments (l'objet du pourvoi incident d'ATCO). Ainsi, en l'espèce, alors que la valeur du terrain était encore reportée dans les comptes d'ATCO au coût historique de 83 720 $, les bâtiments, payés initialement 596 591 $, avaient été amortis dans les tarifs exigés des consommateurs et leur valeur comptable nette s'établissait à 141 525 $. 140

141 Regulatory practice shows that many (not all) regulators also do not accept the distinction (for this purpose) between depreciable and non-depreciable assets. In *Re Boston Gas Co.* for example (cited in *TransAlta (1986)*, at p. 176), the regulator held:

> . . . the company's ratepayers have been paying a return on this land as well as all other costs associated with its use. The fact that land is a nondepreciable asset because its useful value is not ordinarily diminished through use is, we find, irrelevant to the question of who is entitled to the proceeds on the sales of this land. [p. 26]

142 In *SoCalGas*, as well, the Commission declined to make a distinction between the gain on sale of depreciable, as compared to non-depreciable, property, stating: "We see little reason why land sales should be treated differently" (p. 107). The decision continued:

> In short, whether an asset is depreciated for rate-making purposes or not, ratepayers commit to paying a return on its book value for as long as it is used and useful. Depreciation simply recognizes the fact that certain assets are consumed over a period of utility service while others are not. The basic relationship between the utility and its ratepayers is the same for depreciable and non-depreciable assets. [Emphasis added; p. 107.]

143 In *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996), the regulator commented that:

> Our decisions generally find no reason to treat gain on the sale of nondepreciable property, such as bare land, different[ly] than gains on the sale of depreciable rate base assets and land in PHFU [plant held for future use]. [p. 105]

144 Again, my point is not that the regulator *must* reject any distinction between depreciable and non-depreciable property. Simply, my point is that the distinction does not have the controlling weight as contended by ATCO. In Alberta, it is up to the

Il ressort de la pratique réglementaire que de nombreux organismes de réglementation (et non tous) refusent de faire une distinction (à cette fin) entre les biens amortissables et les biens non amortissables. Dans la décision *Re Boston Gas Co.* (citée dans *TransAlta (1986)*, p. 176), par exemple, l'organisme a conclu :

> [TRADUCTION] . . . les clients de l'entreprise ont versé un rendement et payé tous les autres coûts afférents à l'utilisation du terrain. Le fait qu'il s'agit d'un bien non amortissable — son utilisation ne diminuant habituellement pas sa valeur d'usage — n'a rien à voir avec la question de savoir qui a droit au produit de sa vente. [p. 26]

Dans *SoCalGas*, l'organisme de réglementation a également refusé de faire une distinction entre le profit réalisé lors de la vente d'un bien amortissable et celui issu de la vente d'un bien non amortissable, affirmant à la p. 107, qu'[TRADUCTION] « [i]l ne voyait pas pourquoi des ventes de terrains devraient être traitées différemment » et ajoutant :

> [TRADUCTION] En somme, les clients s'engagent à verser un rendement selon la valeur comptable, que le bien soit amorti ou non pour les besoins de la tarification, et ce, tant que le bien est employé et susceptible de l'être. L'amortissement tient simplement compte du fait que certains biens, contrairement à d'autres, se détériorent durant leur affectation au service public. Fondamentalement, la relation entre l'entreprise et ses clients demeure la même qu'il s'agisse de biens amortissables ou non. [Je souligne; p. 107.]

Dans *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996), l'organisme de réglementation a fait la remarque suivante :

> [TRADUCTION] Dans nos décisions, nous concluons généralement qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment le profit réalisé lors de la vente d'un bien non amortissable, comme un terrain nu, et celui issu de la vente d'un bien amortissable dont le coût a été inclus dans la base tarifaire ou d'un terrain détenu pour usage ultérieur. [p. 105]

Encore une fois, je ne dis pas que l'organisme de réglementation *doit* systématiquement écarter toute distinction entre un bien amortissable et un bien non amortissable. Je dis simplement que la distinction n'est pas aussi déterminante que le

Board to determine what allocations are necessary in the public interest as conditions of the approval of sale. ATCO's attempt to limit the Board's discretion by reference to various doctrine is not consistent with the broad statutory language used by the Alberta legislature and should be rejected.

prétend ATCO. En Alberta, la Commission peut autoriser une vente à la condition que le produit qui en est tiré soit réparti comme elle le juge nécessaire dans l'intérêt public. La limitation du pouvoir discrétionnaire de la Commission, alléguée par ATCO sur le fondement de différents points de vue doctrinaux, n'est pas compatible avec les termes généraux employés par le législateur albertain et doit être rejetée.

4. Lack of Reciprocity

4. L'absence de réciprocité

ATCO argues that the customers should not profit from a rising market because if the land loses value it is ATCO, and not the ratepayers, that will absorb the loss. However, the material put before the Court suggests that the Board takes into account both gains *and* losses. In the following decisions the Board stated, repeated, and repeated again its "general rule" that

145 ATCO soutient que les clients ne devraient pas tirer avantage d'un marché haussier, car c'est elle, et non eux, qui subirait la perte si la valeur du terrain diminuait. Toutefois, la documentation présentée à notre Cour donne à penser que la Commission tient compte des profits *et* des pertes. Dans les décisions mentionnées ci-après, elle énonce et rappelle, puis rappelle encore, le « principe général » :

the Board considers that any profit or loss (being the difference between the net book value of the assets and the sale price of those assets) resulting from the disposal of utility assets should accrue to the customers of the utility and not to the owner of the utility. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] . . . la Commission estime que les profits ou les pertes (soit la différence entre la valeur comptable nette et le produit de la vente) résultant de la vente de biens affectés à un service public doivent être attribués aux clients de l'entreprise de services publics, et non à son propriétaire. [Je souligne.]

(See *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984, at p. 17; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84115, October 12, 1984, at p. 12; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984, at p. 23.)

(Voir *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984, p. 17; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84115, 12 octobre 1984, p. 12; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984, p. 23.)

In *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984, the Board reviewed a number of regulatory approaches (including *Re Boston Gas Co.*, previously mentioned) with respect to gains on sale and concluded with respect to its own practice, at p. 12:

146 Dans *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984, la Commission a examiné un certain nombre de décisions d'organismes de réglementation (y compris *Re Boston Gas Co.*, précitée) portant sur le profit tiré d'une vente et a dit ce qui suit au sujet de ses propres décisions (p. 12) :

The Board is aware that it has not applied any consistent formula or rule which would automatically determine the accounting procedure to be followed in the treatment of gains or losses on the disposition of utility assets. The reason for this is that the Board's determination of what is fair and reasonable rests on the merits or facts of each case.

[TRADUCTION] La Commission est consciente de n'avoir pas appliqué une formule ou une règle uniforme permettant de déterminer automatiquement la procédure comptable à suivre à l'égard du profit ou de la perte résultant de l'aliénation d'un bien affecté à un service public. Il en est ainsi parce qu'elle décide de ce qui est juste et raisonnable en fonction du fond ou des faits de chaque affaire.

147 ATCO's contention that it alone is burdened with the risk on land that *declines* in value overlooks the fact that in a falling market the utility continues to be entitled to a rate of return on its original investment, even if the market value at the time is substantially less than its original investment. As pointed out in *SoCalGas*:

> If the land actually does depreciate in value below its original cost, then one view could be that the steady rate of return [the ratepayers] have paid for the land over time has actually overcompensated investors. Thus, there is symmetry of risk and reward associated with rate base land just as there is with regard to depreciable rate base property. [p. 107]

II. Conclusion

148 In summary, s. 15(3) of the AEUBA authorized the Board in dealing with ATCO's application to approve the sale of the subject land and buildings to "impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In the exercise of that authority, and having regard to the Board's "general supervision over all gas utilities, and the owners of them" (GUA, s. 22(1)), the Board made an allocation of the net gain for the public policy reasons which it articulated in its decision. Perhaps not every regulator and not every jurisdiction would exercise the power in the same way, but the allocation of the gain on an asset ATCO sought to withdraw from the rate base was a decision the Board was mandated to make. It is not for the Court to substitute its own view of what is "necessary in the public interest".

III. Disposition

149 I would allow the appeal, set aside the decision of the Alberta Court of Appeal, and restore the decision of the Board, with costs to the City of Calgary both in this Court and in the court below. ATCO's cross-appeal should be dismissed with costs.

La prétention selon laquelle ATCO assume seule le risque que la valeur d'un terrain *diminue* ne tient pas compte du fait que s'il y a contraction du marché, l'entreprise de services publics continue de bénéficier d'un rendement fondé sur le coût historique même si la valeur marchande a considérablement diminué. Comme il a été signalé dans *SoCalGas* :

> [TRADUCTION] Si la valeur du terrain devenait inférieure à son coût historique, on pourrait prétendre que le rendement constant versé au fil des ans [par les clients] pour le terrain a en fait surindemnisé les investisseurs. Le rapport entre les risques et les avantages est tout aussi symétrique pour un terrain que pour un bien amortissable lorsque leur coût est pris en compte pour l'établissement de la base tarifaire. [p. 107]

II. Conclusion

En résumé, le par. 15(3) de l'AEUBA conférait à la Commission le pouvoir d'[TRADUCTION] « imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public » en statuant sur la demande d'autorisation de la vente du terrain et des bâtiments en cause. Dans l'exercice de ce pouvoir, et vu la [TRADUCTION] « surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires » qui lui incombait (GUA, par. 22(1)), la Commission a attribué le gain comme elle l'a fait pour les considérations d'intérêt public énoncées dans sa décision. Le pouvoir aurait peut-être été exercé différemment par un autre organisme de réglementation ou dans un autre ressort, mais il reste que la Commission était autorisée à répartir le gain tiré de la vente d'un bien qu'ATCO souhaitait soustraire à la base tarifaire. Il ne nous appartient pas de déterminer quelles conditions sont « nécessaires dans l'intérêt public » et de substituer notre opinion à celle de la Commission.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir la décision de la Commission, avec dépens payables à la ville de Calgary dans toutes les cours. Le pourvoi incident d'ATCO devrait être rejeté avec dépens.

APPENDIX

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17

Jurisdiction

13 All matters that may be dealt with by the ERCB or the PUB under any enactment or as otherwise provided by law shall be dealt with by the Board and are within the exclusive jurisdiction of the Board.

Powers of the Board

15(1) For the purposes of carrying out its functions, the Board has all the powers, rights and privileges of the ERCB and the PUB that are granted or provided for by any enactment or by law.

(2) In any case where the ERCB, the PUB or the Board may act in response to an application, complaint, direction, referral or request, the Board may act on its own initiative or motion.

(3) Without restricting subsection (1), the Board may do all or any of the following:

(a) make any order that the ERCB or the PUB may make under any enactment;

(b) with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make any order that the ERCB may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make under any enactment;

(c) with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make any order that the PUB may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make under any enactment;

(d) with respect to an order made by the Board, the ERCB or the PUB in respect of matters referred to in clauses (a) to (c), make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest;

(e) make an order granting the whole or part only of the relief applied for;

(f) where it appears to the Board to be just and proper, grant partial, further or other relief in

ANNEXE

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17

[TRADUCTION]

Compétence

13 La Commission connaît de toute question dont peut connaître l'ERCB ou la PUB suivant un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable, et sa compétence est exclusive.

Pouvoirs de la Commission

15(1) Dans l'exercice de ses fonctions, la Commission jouit des pouvoirs, des droits et des privilèges qu'un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable confère à l'ERCB et à la PUB.

(2) La Commission peut agir d'office à l'égard de tout renvoi, demande, plainte, directive ou requête auquel l'ERCB, la PUB ou la Commission peut donner suite.

(3) Sans limiter la portée du paragraphe (1), la Commission peut prendre les mesures suivantes, en totalité ou en partie :

a) rendre toute ordonnance que l'ERCB ou la PUB peut rendre suivant un texte législatif;

b) avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre toute ordonnance que l'ERCB peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre en vertu d'un texte législatif;

c) avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre toute ordonnance que la PUB peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre en vertu d'un texte législatif;

d) à l'égard d'une ordonnance rendue par elle, l'ERCB ou la PUB en application des alinéas a) à c), rendre toute autre ordonnance et imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public;

e) rendre une ordonnance accordant en tout ou en partie la réparation demandée;

f) lorsqu'elle l'estime juste et convenable, accorder en partie la réparation demandée ou en accorder

addition to, or in substitution for, that applied for as fully and in all respects as if the application or matter had been for that partial, further or other relief.

Appeals

26(1) Subject to subsection (2), an appeal lies from the Board to the Court of Appeal on a question of jurisdiction or on a question of law.

(2) Leave to appeal may be obtained from a judge of the Court of Appeal only on an application made

(a) within 30 days from the day that the order, decision or direction sought to be appealed from was made, or

(b) within a further period of time as granted by the judge where the judge is of the opinion that the circumstances warrant the granting of that further period of time.

. . .

Exclusion of prerogative writs

27 Subject to section 26, every action, order, ruling or decision of the Board or the person exercising the powers or performing the duties of the Board is final and shall not be questioned, reviewed or restrained by any proceeding in the nature of an application for judicial review or otherwise in any court.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5

Supervision

22(1) The Board shall exercise a general supervision over all gas utilities, and the owners of them, and may make any orders regarding equipment, appliances, extensions of works or systems, reporting and other matters, that are necessary for the convenience of the public or for the proper carrying out of any contract, charter or franchise involving the use of public property or rights.

(2) The Board shall conduct all inquiries necessary for the obtaining of complete information as to the manner in which owners of gas utilities comply with the law, or as to any other matter or thing within the jurisdiction of the Board under this Act.

une autre en sus ou en lieu et place comme si tel était l'objet de la demande.

Appel

26(1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel sur une question de droit ou de compétence.

(2) L'autorisation d'appel ne peut être obtenue d'un juge de la Cour d'appel que sur demande présentée

a) dans les 30 jours qui suivent l'ordonnance, la décision ou la directive en cause ou

b) dans le délai supplémentaire que le juge estime justifié d'accorder dans les circonstances.

. . .

Immunité de contrôle

27 Sous réserve de l'article 26, toute mesure, ordonnance ou décision de la Commission ou de la personne exerçant ses pouvoirs ou ses fonctions est définitive et ne peut être contestée, révisée ou restreinte dans le cadre d'une instance judiciaire, y compris une demande de contrôle judiciaire.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5

[TRADUCTION]

Surveillance

22(1) La Commission assure la surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires et peut, en ce qui concerne notamment le matériel, les appareils, les extensions d'ouvrages ou de systèmes et l'établissement de rapports, rendre les ordonnances nécessaires à la protection de l'intérêt public ou à la bonne application d'un contrat, de statuts constitutifs ou d'une concession comportant l'emploi de biens publics ou l'exercice de droits publics.

(2) La Commission mène toute enquête nécessaire à l'obtention de renseignements complets sur la façon dont le propriétaire d'un service de gaz se conforme à la loi ou sur tout ce qui est par ailleurs de son ressort suivant la présente loi.

Investigation of gas utility

24(1) The Board, on its own initiative or on the application of a person having an interest, may investigate any matter concerning a gas utility.

. . .

Designated gas utilities

26(1) The Lieutenant Governor in Council may by regulation designate those owners of gas utilities to which this section and section 27 apply.

(2) No owner of a gas utility designated under subsection (1) shall

(a) issue any

(i) of its shares or stock, or

(ii) bonds or other evidences of indebtedness, payable in more than one year from the date of them,

unless it has first satisfied the Board that the proposed issue is to be made in accordance with law and has obtained the approval of the Board for the purposes of the issue and an order of the Board authorizing the issue,

(b) capitalize

(i) its right to exist as a corporation,

(ii) a right, franchise or privilege in excess of the amount actually paid to the Government or a municipality as the consideration for it, exclusive of any tax or annual charge, or

(iii) a contract for consolidation, amalgamation or merger,

(c) without the approval of the Board, capitalize any lease, or

(d) without the approval of the Board,

(i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them, or

(ii) merge or consolidate its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them,

Enquêtes

24(1) La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, faire enquête sur toute question relative à un service de gaz.

. . .

Services de gaz désignés

26(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner les propriétaires de services de gaz assujettis au présent article et à l'article 27.

(2) Le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe (1) ne peut

a) émettre

(i) d'actions,

(ii) d'obligations ou d'autres titres d'emprunt dont le terme est supérieur à un an,

que si, au préalable, il convainc la Commission que l'émission projetée est conforme à la loi et obtient d'elle l'autorisation d'y procéder et une ordonnance le confirmant;

b) capitaliser

(i) son droit d'exister en tant que personne morale,

(ii) un droit, une concession ou un privilège en sus du montant réellement versé en contrepartie à l'État ou à une municipalité, à l'exclusion d'une taxe ou d'une charge annuelle,

(iii) un contrat de fusion ou de regroupement;

c) sans l'autorisation de la Commission, capitaliser un bail;

d) sans l'autorisation de la Commission,

(i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,

(ii) fusionner ou regrouper ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie;

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a gas utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

. . .

Prohibited share transactions

27(1) Unless authorized to do so by an order of the Board, the owner of a gas utility designated under section 26(1) shall not sell or make or permit to be made on its books any transfer of any share or shares of its capital stock to a corporation, however incorporated, if the sale or transfer, by itself or in connection with previous sales or transfers, would result in the vesting in that corporation of more than 50% of the outstanding capital stock of the owner of the gas utility.

. . .

Powers of Board

36 The Board, on its own initiative or on the application of a person having an interest, may by order in writing, which is to be made after giving notice to and hearing the parties interested,

(a) fix just and reasonable individual rates, joint rates, tolls or charges or schedules of them, as well as commutation and other special rates, which shall be imposed, observed and followed afterwards by the owner of the gas utility,

(b) fix proper and adequate rates and methods of depreciation, amortization or depletion in respect of the property of any owner of a gas utility, who shall make the owner's depreciation, amortization or depletion accounts conform to the rates and methods fixed by the Board,

(c) fix just and reasonable standards, classifications, regulations, practices, measurements or service, which shall be furnished, imposed, observed and followed thereafter by the owner of the gas utility,

(d) require an owner of a gas utility to establish, construct, maintain and operate, but in

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

. . .

Incessibilité des actions

27(1) Sauf ordonnance de la Commission l'y autorisant, le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe 26(1) s'abstient de vendre tout ou partie des actions de son capital-actions à une société, indépendamment du mode de constitution de celle-ci, ou d'effectuer ou d'autoriser une inscription dans ses registres constatant une telle cession, lorsque la vente ou la cession, à elle seule ou de pair avec une opération antérieure, ferait en sorte que la société détienne plus de 50 % des actions en circulation du propriétaire du service de gaz.

. . .

Pouvoirs de la Commission

36 La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, par ordonnance écrite, après avoir donné un avis aux personnes intéressées et les avoir entendues,

a) fixer des tarifs individuels ou conjoints, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, ainsi que des tarifs d'abonnement et d'autres tarifs spéciaux opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui;

b) établir des taux et des méthodes valables et acceptables de dépréciation, d'amortissement et d'épuisement pour les biens du propriétaire d'un service de gaz, qui doit s'y conformer dans la tenue des comptes y afférents;

c) à l'intention du propriétaire d'un service de gaz, établir des normes, des classifications, des règles, des pratiques ou des mesures justes et raisonnables et déterminer les services justes et raisonnables devant être fournis;

d) exiger que le propriétaire d'un service de gaz construise, entretienne et exploite,

compliance with this and any other Act relating to it, any reasonable extension of the owner's existing facilities when in the judgment of the Board the extension is reasonable and practical and will furnish sufficient business to justify its construction and maintenance, and when the financial position of the owner of the gas utility reasonably warrants the original expenditure required in making and operating the extension, and

(e) require an owner of a gas utility to supply and deliver gas to the persons, for the purposes, at the rates, prices and charges and on the terms and conditions that the Board directs, fixes or imposes.

Rate base

37(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed afterwards by an owner of a gas utility, the Board shall determine a rate base for the property of the owner of the gas utility used or required to be used to provide service to the public within Alberta and on determining a rate base it shall fix a fair return on the rate base.

(2) In determining a rate base under this section, the Board shall give due consideration

(a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to the owner of the gas utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and

(b) to necessary working capital.

(3) In fixing the fair return that an owner of a gas utility is entitled to earn on the rate base, the Board shall give due consideration to all facts that in its opinion are relevant.

Excess revenues or losses

40 In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed afterwards by an owner of a gas utility,

(a) the Board may consider all revenues and costs of the owner that are in the Board's opinion applicable to a period consisting of

(i) the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the

conformément à la présente loi et à toute autre s'y rapportant, une extension raisonnable de ses installations lorsqu'elle juge que cette extension est raisonnable et réalisable, que les prévisions de rentabilité justifient sa construction et son entretien et que la situation financière du propriétaire du service de gaz justifie raisonnablement les dépenses initiales requises pour construire et exploiter l'extension;

e) exiger que le propriétaire d'un service de gaz approvisionne en gaz certaines personnes, à certaines fins, en contrepartie de certains tarifs, prix et charges, et à certaines conditions, selon ce qu'elle détermine.

Base tarifaire

37(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui, la Commission établit une base tarifaire pour les biens du propriétaire d'un service de gaz servant ou devant servir à la fourniture du service au public en Alberta et, ce faisant, elle établit un juste rendement.

(2) Pour établir la base tarifaire, la Commission tient compte

a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur d'acquisition pour le propriétaire du service de gaz, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;

b) du capital nécessaire.

(3) Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d'un service de gaz par rapport à la base tarifaire, la Commission tient compte de tous les facteurs qu'elle estime pertinents.

Recettes excédentaires ou insuffisantes

40 Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui, la Commission

a) peut tenir compte de toutes les recettes et les dépenses du propriétaire qu'elle estime afférentes à l'une des périodes suivantes, à l'exclusion de toute attribution à une partie de cette période :

(i) la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de

fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them,

(ii) a subsequent fiscal year of the owner, or

(iii) 2 or more of the fiscal years of the owner referred to in subclauses (i) and (ii) if they are consecutive,

and need not consider the allocation of those revenues and costs to any part of that period,

(b) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner that is in the Board's opinion applicable to the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, that the Board determines is just and reasonable,

(c) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner after the date on which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, that the Board determines has been due to undue delay in the hearing and determining of the matter, and

(d) the Board shall by order approve

(i) the method by which, and

(ii) the period, including any subsequent fiscal period, during which,

any excess revenue received or any revenue deficiency incurred, as determined pursuant to clause (b) or (c), is to be used or dealt with.

General powers of Board

59 For the purposes of this Act, the Board has the same powers in respect of the plant, premises, equipment, service and organization for the production, distribution and sale of gas in Alberta, and in respect of the business of an owner of a gas utility and in respect of an owner of a gas utility, that are by the *Public Utilities Board Act* conferred on the Board in the case of a public utility under that Act.

Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45

Jurisdiction and powers

36(1) The Board has all the necessary jurisdiction and power

fixation des tarifs, des taux ou des charges, ou de leurs barèmes,

(ii) un exercice ultérieur,

(iii) deux exercices ou plus visés aux sous-alinéas (i) et (ii), s'ils sont consécutifs;

b) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire qui, selon elle, se rattache à la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation de tarifs, de taux et de charges, ou de leurs barèmes, qu'elle estime justes et raisonnables;

c) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire subséquent au début de la procédure visée à l'alinéa b) qui, selon elle, est attribuable à un retard injustifié dans le déroulement de la procédure;

d) approuve par ordonnance ce qu'il convient de faire de tout excédent ou déficit visé aux alinéas b) ou c) et la période, y compris tout exercice ultérieur, au cours de laquelle il convient de le faire.

Pouvoirs généraux

59 Pour l'application de la présente loi, la Commission a, à l'égard des installations, des locaux, du matériel, des services, de l'organisation de la production, de la distribution et de la vente de gaz en Alberta, ainsi que du propriétaire d'un service de gaz et de son entreprise, les pouvoirs que lui confère la *Public Utilities Board Act* à l'égard d'une entreprise de services publics au sens de cette loi.

Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45

[TRADUCTION]

Compétence et pouvoirs

36(1) La Commission a la compétence et les pouvoirs nécessaires

(a) to deal with public utilities and the owners of them as provided in this Act;

(b) to deal with public utilities and related matters as they concern suburban areas adjacent to a city, as provided in this Act.

(2) In addition to the jurisdiction and powers mentioned in subsection (1), the Board has all necessary jurisdiction and powers to perform any duties that are assigned to it by statute or pursuant to statutory authority.

(3) The Board has, and is deemed at all times to have had, jurisdiction to fix and settle, on application, the price and terms of purchase by a council of a municipality pursuant to section 47 of the *Municipal Government Act*

(a) before the exercise by the council under that provision of its right to purchase and without binding the council to purchase, or

(b) when an application is made under that provision for the Board's consent to the purchase, before hearing or determining the application for its consent.

General power

37 In matters within its jurisdiction the Board may order and require any person or local authority to do forthwith or within or at a specified time and in any manner prescribed by the Board, so far as it is not inconsistent with this Act or any other Act conferring jurisdiction, any act, matter or thing that the person or local authority is or may be required to do under this Act or under any other general or special Act, and may forbid the doing or continuing of any act, matter or thing that is in contravention of any such Act or of any regulation, rule, order or direction of the Board.

Investigation of utilities and rates

80 When it is made to appear to the Board, on the application of an owner of a public utility or of a municipality or person having an interest, present or contingent, in the matter in respect of which the application is made, that there is reason to believe that the tolls demanded by an owner of a public utility exceed what is just and reasonable, having regard to the nature and quality of the service rendered or of the commodity supplied, the Board

(a) may proceed to hold any investigation that it thinks fit into all matters relating to the nature

a) pour agir à l'égard des entreprises de services publics et de leurs propriétaires conformément à la présente loi;

b) pour agir à l'égard des entreprises de services publics et connaître de questions connexes touchant une région adjacente à une ville, conformément à la présente loi.

(2) Outre la compétence et les pouvoirs mentionnés au paragraphe (1), la Commission a la compétence et les pouvoirs nécessaires pour exercer les fonctions qui lui sont légalement dévolues.

(3) La Commission a et est réputée avoir toujours eu compétence pour fixer, sur demande, le prix et les conditions d'une acquisition effectuée par un conseil municipal sous le régime de l'article 47 de la *Municipal Government Act*

a) avant que le conseil n'exerce son droit d'acquisition suivant cet article, et sans qu'il soit tenu de procéder à l'acquisition ou

b) lorsque l'acquisition est soumise à son approbation suivant cet article, avant que la Commission n'entende la demande et ne statue sur elle.

Pouvoirs généraux

37 Dans les domaines de sa compétence, la Commission peut ordonner et exiger qu'une personne, y compris une administration municipale, immédiatement ou dans le délai qu'elle impartit et selon les modalités qu'elle détermine, à condition que ce ne soit pas incompatible avec la présente loi ou une autre conférant compétence, fasse ce qu'elle est tenue de faire ou susceptible d'être tenue de faire suivant la présente loi ou toute autre, générale ou spéciale, et elle peut interdire ou faire cesser tout ce qui contrevient à ces lois ou à ses règles, ses ordonnances ou ses directives.

Enquêtes sur les services publics et les tarifs

80 Lorsqu'il lui est démontré à l'audition d'une demande présentée par le propriétaire d'une entreprise de services publics ou par une municipalité ou une personne ayant un intérêt actuel ou éventuel dans l'objet de la demande, qu'il y a lieu de croire que les taux établis par le propriétaire d'une entreprise de services publics excèdent ce qui est juste et raisonnable eu égard à la nature et à la qualité du service ou du produit en cause, la Commission

a) peut enquêter comme elle le juge utile sur toute question liée à la nature et à la qualité du

and quality of the service or the commodity in question, or to the performance of the service and the tolls or charges demanded for it,

(b) may make any order respecting the improvement of the service or commodity and as to the tolls or charges demanded, that seems to it to be just and reasonable, and

(c) may disallow or change, as it thinks reasonable, any such tolls or charges that, in its opinion, are excessive, unjust or unreasonable or unjustly discriminate between different persons or different municipalities, but subject however to any provisions of any contract existing between the owner of the public utility and a municipality at the time the application is made that the Board considers fair and reasonable.

Supervision by Board

85(1) The Board shall exercise a general supervision over all public utilities, and the owners of them, and may make any orders regarding extension of works or systems, reporting and other matters, that are necessary for the convenience of the public or for the proper carrying out of any contract, charter or franchise involving the use of public property or rights.

. . .

Investigation of public utility

87(1) The Board may, on its own initiative, or on the application of a person having an interest, investigate any matter concerning a public utility.

(2) When in the opinion of the Board it is necessary to investigate a public utility or the affairs of its owner, the Board shall be given access to and may use any books, documents or records with respect to the public utility and in the possession of any owner of the public utility or municipality or under the control of a board, commission or department of the Government.

(3) A person who directly or indirectly controls the business of an owner of a public utility within Alberta and any company controlled by that person shall give the Board or its agent access to any of the books, documents and records that relate to the business of the owner or shall furnish any information in respect of it required by the Board.

service ou du produit en cause, ou à l'exécution du service et aux taux ou charges y afférents;

b) peut, en ce qui concerne l'amélioration du service ou du produit et les taux et charges y afférents, rendre toute ordonnance qu'elle estime juste et raisonnable;

c) peut écarter ou modifier, comme elle l'estime raisonnable, les taux ou les charges qu'elle juge excessifs, injustes ou déraisonnables, ou indûment discriminatoires envers une personne, y compris une municipalité, sous réserve toutefois des dispositions qu'elle considère justes et raisonnables d'un contrat liant le propriétaire de l'entreprise de services publics et une municipalité au moment de la demande.

Surveillance

85(1) La Commission assure la surveillance générale des entreprises de services publics et de leurs propriétaires et peut, en ce qui concerne notamment les extensions d'ouvrages ou de systèmes et l'établissement de rapports, rendre les ordonnances nécessaires à la protection de l'intérêt public ou à la bonne exécution d'un contrat, de statuts constitutifs ou d'une concession comportant l'emploi de biens publics ou l'exercice de droits publics.

. . .

Enquêtes

87(1) La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, faire enquête sur toute question relative à une entreprise de services publics.

(2) Lorsqu'elle estime nécessaire d'enquêter sur une entreprise de services publics ou sur les activités de son propriétaire, la Commission a accès aux livres, documents et dossiers relatifs à l'entreprise qui sont en la possession du propriétaire, d'une municipalité, d'un organisme public ou d'un ministère, et elle peut les utiliser.

(3) La personne qui exerce un pouvoir direct ou indirect sur l'entreprise d'un propriétaire de services publics en Alberta et toute société dont cette personne est actionnaire majoritaire est tenue de donner à la Commission ou à son représentant l'accès aux livres, documents et dossiers relatifs à l'entreprise du propriétaire ou de communiquer tout renseignement y afférent exigé par la Commission.

Fixing of rates

89 The Board, either on its own initiative or on the application of a person having an interest, may by order in writing, which is to be made after giving notice to and hearing the parties interested,

(a) fix just and reasonable individual rates, joint rates, tolls or charges, or schedules of them, as well as commutation, mileage or kilometre rate and other special rates, which shall be imposed, observed and followed subsequently by the owner of the public utility;

(b) fix proper and adequate rates and methods of depreciation, amortization or depletion in respect of the property of any owner of a public utility, who shall make the owner's depreciation, amortization or depletion accounts conform to the rates and methods fixed by the Board;

(c) fix just and reasonable standards, classifications, regulations, practices, measurements or service, which shall be furnished, imposed, observed and followed subsequently by the owner of the public utility;

(d) repealed;

(e) require an owner of a public utility to establish, construct, maintain and operate, but in compliance with other provisions of this or any other Act relating to it, any reasonable extension of the owner's existing facilities when in the judgment of the Board the extension is reasonable and practical and will furnish sufficient business to justify its construction and maintenance, and when the financial position of the owner of the public utility reasonably warrants the original expenditure required in making and operating the extension.

Determining rate base

90(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed subsequently by an owner of a public utility, the Board shall determine a rate base for the property of the owner of a public utility used or required to be used to provide service to the public within Alberta and on determining a rate base it shall fix a fair return on the rate base.

(2) In determining a rate base under this section, the Board shall give due consideration

(a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to

Établissement des tarifs

89 La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, par ordonnance écrite, après avoir donné un avis aux personnes intéressées et les avoir entendues,

a) fixer des tarifs individuels ou conjoints, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, ainsi que des tarifs d'abonnement, des tarifs au mille ou au kilomètre et d'autres tarifs spéciaux opposables au propriétaire de l'entreprise de services publics et applicables par lui;

b) établir des taux et des méthodes valables et acceptables de dépréciation, d'amortissement et d'épuisement pour les biens du propriétaire d'une entreprise de services publics, qui doit s'y conformer dans la tenue des comptes y afférents;

c) à l'intention du propriétaire d'une entreprise de services publics, établir des normes, des classifications, des règles, des pratiques ou des mesures justes et raisonnables et déterminer les services justes et raisonnables devant être fournis;

d) abrogé;

e) exiger qu'un propriétaire d'entreprise de services publics construise, entretienne et exploite, conformément à toute autre disposition de la présente loi ou d'une autre s'y rapportant, une extension raisonnable de ses installations lorsqu'elle juge que cette extension est raisonnable et réalisable, que les prévisions de rentabilité justifient sa construction et son entretien et que la situation financière du propriétaire de l'entreprise de services publics justifie raisonnablement les dépenses initiales requises pour construire et exploiter l'extension.

Base tarifaire

90(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'une entreprise de services public et applicables par lui, la Commission établit une base tarifaire pour les biens du propriétaire de l'entreprise de services publics servant ou devant servir à la fourniture du service au public en Alberta et, ce faisant, elle établit un juste rendement.

(2) Pour établir la base tarifaire, la Commission tient compte :

a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur

the owner of the public utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and

(b) to necessary working capital.

(3) In fixing the fair return that an owner of a public utility is entitled to earn on the rate base, the Board shall give due consideration to all those facts that, in the Board's opinion, are relevant.

Revenue and costs considered

91(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed by an owner of a public utility,

(a) the Board may consider all revenues and costs of the owner that are in the Board's opinion applicable to a period consisting of

(i) the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them,

(ii) a subsequent fiscal year of the owner, or

(iii) 2 or more of the fiscal years of the owner referred to in subclauses (i) and (ii) if they are consecutive,

and need not consider the allocation of those revenues and costs to any part of such a period,

(b) the Board shall consider the effect of the *Small Power Research and Development Act* on the revenues and costs of the owner with respect to the generation, transmission and distribution of electric energy,

(c) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner that is in the Board's opinion applicable to the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, as the Board determines is just and reasonable,

(d) the Board may give effect to such part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner after the date on which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, as the Board determines has been due to undue delay in the hearing and determining of the matter, and

d'acquisition pour le propriétaire de l'entreprise de services publics, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;

b) du capital nécessaire.

(3) Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d'une entreprise de services publics par rapport à la base tarifaire, la Commission tient compte de tous les facteurs qui, selon elle, sont pertinents.

Prise en compte des recettes et des dépenses

91(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'une entreprise de services publics et applicables par lui, la Commission

a) peut tenir compte de toutes les recettes et les dépenses du propriétaire qu'elle estime afférentes à l'une des périodes suivantes, à l'exclusion de toute attribution à une partie de cette période :

(i) la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation des tarifs, des taux ou des charges, ou de leurs barèmes;

(ii) un exercice ultérieur;

(iii) deux exercices ou plus visés aux sous-alinéas (i) et (ii), s'ils sont consécutifs;

b) tient compte de l'incidence de la *Small Power Research and Development Act* sur les recettes et les dépenses du propriétaire relatives à la production, au transport et à la distribution d'électricité;

c) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire qui, selon elle, se rattache à la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation de tarifs, de taux et de charges, ou de leurs barèmes, qu'elle estime justes et raisonnables;

d) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire subséquent au début de la procédure visée à l'alinéa c) qui, selon elle, est attribuable à un retard injustifié dans le déroulement de la procédure;

(e) the Board shall by order approve the method by which, and the period (including any subsequent fiscal period) during which, any excess revenue received or any revenue deficiency incurred, as determined pursuant to clause (c) or (d), is to be used or dealt with.

Designated public utilities

101(1) The Lieutenant Governor in Council may by regulation designate those owners of public utilities to which this section and section 102 apply.

(2) No owner of a public utility designated under subsection (1) shall

(a) issue any

(i) of its shares or stock, or

(ii) bonds or other evidences of indebtedness, payable in more than one year from the date of them,

unless it has first satisfied the Board that the proposed issue is to be made in accordance with law and has obtained the approval of the Board for the purposes of the issue and an order of the Board authorizing the issue,

(b) capitalize

(i) its right to exist as a corporation,

(ii) a right, franchise or privilege in excess of the amount actually paid to the Government or a municipality as the consideration for it, exclusive of any tax or annual charge, or

(iii) a contract for consolidation, amalgamation or merger,

(c) without the approval of the Board, capitalize any lease, or

(d) without the approval of the Board,

(i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of them, or

(ii) merge or consolidate its property, franchises, privileges or rights, or any part of them,

e) approuve par ordonnance ce qu'il convient de faire de tout excédent ou déficit visé aux alinéas c) ou d) et la période (y compris tout exercice ultérieur) au cours de laquelle il convient de le faire.

Services de gaz désignés

101(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner les propriétaires d'entreprises de services publics assujettis au présent article et à l'article 102.

(2) Le propriétaire d'une entreprise de services publics désigné en application du paragraphe (1) ne peut

a) émettre

(i) d'actions,

(ii) d'obligations ou d'autres titres d'emprunt dont le terme est supérieur à un an,

que si, au préalable, il convainc la Commission que l'émission projetée est conforme à la loi et obtient d'elle l'autorisation d'y procéder et une ordonnance le confirmant;

b) capitaliser

(i) son droit d'exister en tant que personne morale,

(ii) un droit, une concession ou un privilège en sus du montant réellement versé en contrepartie à l'État ou à une municipalité, à l'exclusion d'une taxe ou d'une charge annuelle,

(iii) un contrat de fusion ou de regroupement;

c) sans l'autorisation de la Commission, capitaliser un bail;

d) sans l'autorisation de la Commission,

(i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,

(ii) fusionner ou regrouper ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie;

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a public utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

. . .

Prohibited share transaction

102(1) Unless authorized to do so by an order of the Board, the owner of a public utility designated under section 101(1) shall not sell or make or permit to be made on its books a transfer of any share of its capital stock to a corporation, however incorporated, if the sale or transfer, in itself or in connection with previous sales or transfers, would result in the vesting in that corporation of more than 50% of the outstanding capital stock of the owner of the public utility.

. . .

Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8

Enactments remedial

10 An enactment shall be construed as being remedial, and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects.

Appeal dismissed with costs and cross-appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. *and* BINNIE *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: McLennan Ross, Calgary.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Energy and Utilities Board: J. Richard McKee, Calgary.

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

. . .

Incessibilité des actions

102(1) Sauf ordonnance de la Commission l'y autorisant, le propriétaire d'une entreprise de services publics désignée en application du paragraphe 101(1) s'abstient de vendre tout ou partie des actions de son capital-actions à une société, indépendamment du mode de constitution de celle-ci, ou d'effectuer ou d'autoriser une inscription dans ses registres constatant une telle cession, lorsque la vente ou la cession, à elle seule ou de pair avec une opération antérieure, ferait en sorte que la société détienne plus de 50 % des actions en circulation du propriétaire de l'entreprise de services publics.

. . .

Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8

[TRADUCTION]

Principe et interprétation

10 Tout texte est réputé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Pourvoi rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BINNIE *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : McLennan Ross, Calgary.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intervenante Alberta Energy and Utilities Board : J. Richard McKee, Calgary.

Solicitor for the intervener the Ontario Energy Board: Ontario Energy Board, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission de l'énergie de l'Ontario : Commission de l'énergie de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Enbridge Gas Distribution Inc.: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc. : Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for the intervener Union Gas Limited: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Union Gas Limited : Torys, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2006 Vol. 1

2e cahier, 2006 Vol. 1

Cited as [2006] 1 S.C.R. 227-439

Renvoi [2006] 1 R.C.S. 227-439

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

Canadian Pacific Railway Co. *v.* Vancouver (City) ... 227

Municipal law — By-laws — Validity — Official development plan by-law restricting how designated land earlier granted to railway company may be used — Whether by-law beyond statutory powers of municipality — If not, whether municipality must compensate railway company — Whether by-law should be set aside for procedural irregularities — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 2, 561, 562, 563, 569.

Lévis (City) *v.* Tétreault; Lévis (City) *v.* 2629-4470 Québec inc. 420

Provincial offences — Highway safety — Nature of offences — Strict or absolute liability — Putting motor vehicle back into operation without having paid required registration fees — Operating motor vehicle without having paid fees to renew driver's licence — Whether ss. 31.1 and 93.1 of Highway Safety Code create strict liability offences — If so, whether defence of due diligence made out — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 31.1, 93.1.

Provincial offences — Defences — Officially induced error — Putting motor vehicle back into operation without having paid required registration fees — Accused claiming to have been misled by erroneous information obtained from official regarding procedure for paying fees relating to registration — Whether defence of officially induced error available in Canadian criminal law — If so, whether accused establishing that conditions under which this defence available have been met.

Criminal law — Defences — Officially induced error — Constituent elements of defence and conditions under which it available.

Mazzei *v.* British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services) 326

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by Review Board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that Review Board may make dispositions directing that accused found not criminally responsible be detained in custody in hospital subject to conditions — Scope of Board's power — Whether Board has jurisdiction to make conditions binding on parties other than accused such as hospital authorities — If so, whether Board can impose conditions relating to medical treatment of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

Multani *v.* Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys 256

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Wearing of kirpan at school — Council of

Continued on next page

SOMMAIRE

Chemin de fer Canadien Pacifique *c.* Vancouver (Ville) 227

Droit municipal — Règlements — Validité — Règlement sur le plan d'aménagement officiel imposant des restrictions à l'utilisation du territoire désigné qui avait été cédé à une compagnie de chemin de fer — Le règlement excède-t-il les pouvoirs légaux de la municipalité? — Dans la négative, la municipalité doit-elle indemniser la compagnie de chemin de fer? — Le règlement devrait-il être annulé pour irrégularités de procédure? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 2, 561, 562, 563, 569.

Lévis (Ville) *c.* Tétreault; Lévis (Ville) *c.* 2629-4470 Québec inc. 420

Infractions provinciales — Sécurité routière — Nature des infractions — Responsabilité stricte ou absolue — Mise en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Conduite d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits de renouvellement du permis de conduire — Les articles 31.1 et 93.1 du Code de la sécurité routière créent-ils des infractions de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la défense de diligence raisonnable a-t-elle été établie? — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 31.1, 93.1.

Infractions provinciales — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Mise en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Accusée prétendant avoir été victime de l'information erronée qu'elle aurait reçue d'un fonctionnaire au sujet de la procédure de paiement des droits relatifs à l'immatriculation — La défense d'erreur provoquée par une personne en autorité est-elle recevable en droit pénal canadien? — Dans l'affirmative, l'accusée a-t-elle démontré que les conditions d'application de cette défense ont été remplies?

Droit criminel — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Éléments constitutifs et conditions d'ouverture de la défense.

Mazzei *c.* Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services) 326

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions de la commission d'examen — Modalités des décisions — Code criminel prévoyant que les commissions d'examen peuvent rendre des décisions portant que l'accusé non responsable criminellement soit détenu dans un hôpital sous réserve de modalités — Étendue du pouvoir de la commission — La commission a-t-elle le pouvoir de rendre des décisions liant des parties autres que l'accusé, notamment les autorités de l'hôpital? — Le cas échéant, la commission peut-elle imposer des modalités reliées au traitement médical de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

Suite à la page suivante

commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limit — Law — Administrative decision — Infringement of guaranteed right resulting from decision of administrative body acting pursuant to its enabling statute — Whether infringement limit prescribed by "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Administrative law — Judicial review — Compliance of administrative decision with requirements of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Council of commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing student's freedom of religion — Appropriate approach for reviewing decision — Relationship between administrative law and constitutional law.

R. *v.* Chaisson **415**

Criminal law — Appeals — Findings of fact — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and entering conviction — Whether Court of Appeal impermissibly substituted its own findings of fact for those of trial judge.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Unreasonable search or seizure — Right to counsel — Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).

R. *v.* Hotte **379**

Criminal law — Defences — Mental disorder automatism — Defence properly not put to jury.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Expert testimony — Trial judge's summary of expert testimony — Summary partially wrong but not distorting expert's testimony.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Criminal harassment — Mens rea — Trial judge's charge appropriate as regards impact of depression of accused on issue of his intent to harass victim at time of homicide.

R. *v.* Lavigne **392**

Criminal law — Proceeds of crime — Forfeiture — Fine instead of order of forfeiture of property that proceeds of crime — Whether ability of accused to pay factor that court may consider in deciding to impose fine instead of forfeiture or in determining amount of fine — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

Continued on next page

Multani *c.* Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys **256**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Port du kirpan à l'école — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école — Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite raisonnable — Règle de droit — Décision administrative — Atteinte à un droit garanti découlant d'une décision d'un organisme administratif agissant conformément à sa loi habilitante — Cette atteinte est-elle une restriction par une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Conformité d'une décision administrative aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école - Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'élève? — Approche appropriée pour réviser cette décision — Rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel.

R. *c.* Chaisson **415**

Droit criminel — Appels — Conclusions de fait — Cour d'appel annulant l'acquittement de l'accusé et le remplaçant par une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle substitué d'une façon qui ne saurait être permise ses propres conclusions de fait à celles du juge du procès?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion d'éléments de preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10b), 24(2).

R. *c.* Hotte **379**

Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Défense à juste titre non soumise au jury.

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Témoignage d'expert — Résumé par le juge du procès du témoignage d'un expert — Résumé partiellement erroné mais n'ayant pas dénaturé le témoignage de l'expert.

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Harcèlement criminel — Mens rea — Directives du juge du procès appropriées quant à l'impact de la maladie

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Pittiman **381**

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Multiple accused charged with same offence — Jury convicting one accused but acquitting two co-accused — Whether jury's verdict finding accused guilty unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

SOMMAIRE (Fin)

dépressive de l'accusé sur la question de son intention de harceler la victime lors de l'homicide.

R. *c.* Lavigne **392**

Droit criminel — Produits de la criminalité — Confiscation — Amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité — La capacité de payer d'un accusé est-elle un facteur dont le tribunal peut tenir compte lorsqu'il décide d'infliger l'amende de remplacement ou lorsqu'il en fixe le montant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

R. *c.* Pittiman **381**

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Plusieurs accusés inculpés de la même infraction — Jury déclarant coupable un accusé mais acquittant deux coaccusés — Le verdict du jury déclarant l'accusé coupable est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Canadian Pacific Railway Company *Appellant*

v.

City of Vancouver *Respondent*

and

British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Real Estate Association, Business Council of British Columbia, Canadian Home Builders' Association of British Columbia, Council of Tourism Associations of British Columbia, Mining Association of British Columbia, New Car Dealers Association of British Columbia, Retail Council of Canada, Urban Development Institute (Pacific Region) and Urban Development Institute of Canada *Interveners*

Chemin de fer Canadien Pacifique *Appelante*

c.

Ville de Vancouver *Intimée*

et

British Columbia Chamber of Commerce, British Columbia Real Estate Association, Business Council of British Columbia, Canadian Home Builders' Association of British Columbia, Council of Tourism Associations of British Columbia, Mining Association of British Columbia, New Car Dealers Association of British Columbia, Conseil canadien du commerce de détail, Urban Development Institute (région du Pacifique) et Institut du développement urbain du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. *v.* VANCOUVER (CITY)

Neutral citation: 2006 SCC 5.

File No.: 30374.

2005: November 9; 2006: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

RÉPERTORIÉ : CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE *c.* VANCOUVER (VILLE)

Référence neutre : 2006 CSC 5.

N° du greffe : 30374.

2005 : 9 novembre; 2006 : 23 février.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Municipal law — By-laws — Validity — Official development plan by-law restricting how designated land earlier granted to railway company may be used — Whether by-law beyond statutory powers of municipality — If not, whether municipality must compensate railway company — Whether by-law should be set aside for procedural irregularities — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 2, 561, 562, 563, 569.

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

Droit municipal — Règlements — Validité — Règlement sur le plan d'aménagement officiel imposant des restrictions à l'utilisation du territoire désigné qui avait été cédé à une compagnie de chemin de fer — Le règlement excède-t-il les pouvoirs légaux de la municipalité? — Dans la négative, la municipalité doit-elle indemniser la compagnie de chemin de fer? — Le règlement devrait-il être annulé pour irrégularités de procédure? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 2, 561, 562, 563, 569.

Over a century ago, British Columbia granted CPR a corridor of land for the construction of a railway line.

Il y a plus d'un siècle, la Colombie-Britannique a cédé à CP une bande de terre pour la construction

As the century advanced, rail operations on the corridor declined. CPR therefore put forward proposals to develop the corridor for residential and commercial purposes. The City of Vancouver, however, adopted by by-law an official development plan ("ODP By-law"), which designated the corridor as a public thoroughfare for transportation. The effect of the by-law was to freeze the redevelopment potential of the corridor and to confine CPR to uneconomic uses of the land. The chambers judge held the by-law to be *ultra vires* the City. The Court of Appeal set aside the decision. The court found that the by-law was within the City's statutory powers, that the City was not obligated to compensate CPR for the land and that the by-law did not suffer from procedural irregularities.

Held: The appeal should be dismissed.

The ODP By-law is *intra vires* the City. The *Vancouver Charter* grants extensive powers to the City to determine how land within its limits can be used. This includes the power to plan for land development, which allows the City to set a vision and course for future development. While a by-law may have the effect of restricting how the land designated may be used, such a by-law is not invalid in the absence of a plan to acquire the land. The wording of the *Vancouver Charter* clearly confers a broad power on the City to pass official development plans ("ODPs") for planning purposes without moving to implement those plans, and specifically contemplates that ODPs may adversely affect land and exempts the City from liability for any such effects. Although the City is required under its charter to obtain legal title to all streets, a stipulation in an ODP that a piece of land can be used only as a public thoroughfare does not make it a street. The ODP merely freezes the use of the land with a view to preserving it for future development by precluding present uses that might interfere with that development. [12] [16] [22-23]

The City is not obligated to compensate CPR for the land. The two requirements for a *de facto* taking requiring compensation at common law are not made out in this case. First, the City has not acquired a beneficial interest related to the land. It has gained only some assurance that the land will be used or developed in accordance with its vision. Second, the ODP By-law does not remove all reasonable uses of the property. CPR may still use its land to operate a railway or lease the land for use in conformity with the by-law. Even if the facts of this case could be seen to support an inference

d'une ligne de chemin de fer. Au cours du siècle, le trafic ferroviaire dans ce corridor a diminué. CP a donc présenté des propositions visant l'aménagement résidentiel et commercial de ce dernier. Cependant la ville de Vancouver (« Ville ») a adopté par règlement un plan d'aménagement officiel (« Règlement PAO »), qui désignait le corridor comme voie publique réservée au transport. Le règlement a eu pour effet d'empêcher d'exploiter le potentiel de réaménagement du corridor et de confiner CP à des utilisations non rentables du terrain. La juge en son cabinet a statué que la Ville n'avait pas compétence pour prendre le règlement. La Cour d'appel a annulé la décision. La cour a jugé que la Ville a compétence pour prendre le règlement, qu'elle n'est pas tenue d'indemniser CP pour le terrain et que le règlement ne souffre pas d'irrégularités de procédure.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La Ville a compétence pour prendre le Règlement PAO. La *Vancouver Charter* (« Charte de Vancouver ») confère à la Ville de vastes pouvoirs lui permettant de déterminer l'utilisation de son territoire, notamment le pouvoir de planifier l'aménagement du territoire, qui lui permet de forger une vision de l'aménagement futur et d'imprimer une direction à celui-ci. Un règlement peut avoir pour effet de restreindre l'utilisation du territoire visé, mais il n'est pas invalide en l'absence d'un plan d'acquisition du terrain. Il est clair que la Charte de Vancouver, telle qu'elle est libellée, confère à la Ville un vaste pouvoir lui permettant d'adopter des plans d'aménagement officiels (« PAO ») à des fins de planification, sans l'obliger à les mettre en œuvre, et expressément prévoit que les PAO peuvent avoir une incidence négative sur le terrain et dégage la Ville de toute responsabilité à cet égard. Même si, selon sa charte, la Ville doit obtenir le titre de propriété de toutes les rues, le fait de prévoir dans un PAO qu'une parcelle de terrain ne peut être utilisée que comme voie publique n'en fait pas une rue. Le PAO bloque simplement l'utilisation du terrain, qui est mis de côté pour un aménagement futur; de ce fait, les utilisations en cours susceptibles de compromettre cet aménagement sont exclues. [12] [16] [22-23]

La Ville n'est pas tenue d'indemniser CP pour le terrain. En l'espèce, il n'a pas été satisfait aux deux conditions qui doivent être remplies pour qu'une appropriation de fait impose une indemnisation en common law. Premièrement, la Ville n'a pas acquis un intérêt bénéficiaire relatif au bien-fonds. Elle n'a gagné rien de plus qu'une certaine assurance que le terrain sera utilisé ou aménagé selon sa vision. Deuxièmement, le Règlement PAO ne supprime pas toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds. CP peut encore utiliser son terrain pour exploiter un chemin de fer ou pour le louer

of *de facto* taking at common law, that inference has been conclusively negated by s. 569 of the *Vancouver Charter*. By providing in s. 569 that the effects of the by-law cannot amount to a taking, the provincial legislature has rendered inapplicable the common law *de facto* taking remedy. Furthermore, since there is no taking or expropriation, the provincial *Expropriation Act* does not apply as there is no inconsistency between the provisions of that Act and the *Vancouver Charter*. [31-37]

The City's conduct in enacting the ODP By-law complied with the requirements of fair process. Although the *Vancouver Charter* imposes no statutory requirement to hold a public hearing before adopting an ODP, the City sought to fulfil the duty of fairness it owed CPR through such a process. The notices concerning the hearing clearly gave the flavour of the by-law being considered and did not affect the participatory rights of CPR. CPR was also given sufficient disclosure of information to allow it to participate meaningfully in that hearing and present its case. The change made to the by-law after the hearing to exclude a rapid transit system did not amount to an unfair process. While the duty of fairness may require the City to take any legitimate expectations into account, it does not necessarily require the City to fulfil them. The City must exercise its discretionary power in the public interest. Here, the by-law as originally drafted raised no expectation that a rapid transit system would or could be located on the corridor. It was only a mere possibility. Since such a system was never a permitted use of the corridor, as the zoning disallowed it, CPR should have expected that rapid transit might not be allowed on its land. Lastly, the choice of the new route for rapid transit did not prejudice CPR. The relevant time to assess prejudice is the time of the hearing and, at that time, no choice for the rapid transit route had been made. [40] [42] [46-53] [56]

Cases Cited

Applied: *Mariner Real Estate Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 696; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Pitt*

pour une utilisation conforme au règlement. Même s'il était possible de considérer que les faits de l'espèce étayent une inférence d'appropriation de fait en common law, cette inférence a été mise en échec de manière concluante par l'art. 569 de la Charte de Vancouver. En prévoyant à cette disposition que les effets du règlement ne peuvent être assimilés à une appropriation, la province a rendu inapplicable le recours prévu par la common law en matière d'appropriation de fait. De plus, puisqu'il n'y a ni appropriation ni expropriation, la loi provinciale sur l'expropriation ne saurait s'appliquer, car il n'existe aucune contradiction entre la loi et la Charte de Vancouver. [31-37]

La conduite que la Ville a adoptée en prenant le Règlement PAO est conforme aux exigences de l'équité procédurale. Bien que la Charte de Vancouver n'impose aucune obligation de tenir une audience publique avant d'adopter un PAO, la Ville a tenté de s'acquitter de son obligation d'équité envers CP grâce à un tel processus. Les avis d'audience font clairement ressortir l'essence du règlement à l'étude et n'avaient aucun effet sur les droits de participation de CP. De plus, les renseignements qui lui ont été transmis étaient suffisants pour lui permettre de participer utilement à cette audience et de faire valoir ses arguments. La modification apportée au règlement après l'audience pour exclure un système de transport rapide n'équivaut pas à une procédure inéquitable. Si l'obligation d'équité peut comporter pour la Ville l'obligation de tenir compte de toutes les attentes légitimes, elle ne comporte pas nécessairement celle d'y satisfaire. La Ville doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt public. En l'espèce, dans sa version originale le règlement ne faisait naître aucune attente selon laquelle un système de transport rapide passerait ou pourrait passer dans le corridor. Ce n'était qu'une possibilité. Étant donné que ce type de transport n'a jamais été autorisé dans le corridor, car le zonage l'interdisait, CP aurait dû s'attendre à ce qu'un système de transport rapide ne soit pas autorisé sur son terrain. Enfin, le choix du nouvel itinéraire pour le système de transport rapide n'a causé aucun préjudice à CP. C'est à l'audience que se fait l'appréciation du préjudice et, à ce moment-là, aucun choix n'avait été fait quant à l'itinéraire du système de transport rapide. [40] [42] [46-53] [56]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Mariner Real Estate Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 696; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S.

Polder Preservation Society v. Pitt Meadows (District) (2000), 12 M.P.L.R. (3d) 1, 2000 BCCA 415.

Statutes and Regulations Cited

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10.
City of Vancouver, By-law No. 8249, *Arbutus Corridor Official Development Plan By-law*, 25 July 2000, ss. 1.2, 2.1.
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, c. 125, ss. 1 "expropriate", "expropriating authority", 2(1).
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 2 "street", 289, 317, 559, 561, 562, 563, 564(1), 566(1), 569.
Vancouver Charter Amendment Act, 1964, S.B.C. 1964, c. 72, ss. 17, 19.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Southin and Donald JJ.A.) (2004), 237 D.L.R. (4th) 40, 196 B.C.A.C. 49, 322 W.A.C. 49, 26 B.C.L.R. (4th) 220, 14 Admin. L.R. (4th) 60, 45 M.P.L.R. (3d) 161, [2004] B.C.J. No. 653 (QL), 2004 BCCA 192, setting aside a decision of Brown J. (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 56, 33 M.P.L.R. (3d) 214, [2002] B.C.J. No. 2451 (QL), 2002 BCSC 1507. Appeal dismissed.

Peter Kenward, for the appellant.

George K. Macintosh, Q.C., and *Susan B. Horne*, for the respondent.

Written submissions only by *Peter G. Voith, Q.C.*, and *Gib van Ert*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

1 Over a century ago, in 1886, the provincial Crown granted the Canadian Pacific Railway Company ("CPR") a corridor of land for the construction of a railway line from False Creek, in the City of Vancouver ("City"), south to Steveston, on

817; *Pitt Polder Preservation Society c. Pitt Meadows (District)* (2000), 12 M.P.L.R. (3d) 1, 2000 BCCA 415.

Lois et règlements cités

City of Vancouver, By-law No. 8249, *Arbutus Corridor Official Development Plan By-law*, 25 juillet 2000, art. 1.2, 2.1.
Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 1 « *expropriate* », « *expropriating authority* », 2(1).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10.
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 2 « *street* », 289, 317, 559, 561, 562, 563, 564(1), 566(1), 569.
Vancouver Charter Amendment Act, 1964, S.B.C. 1964, ch. 72, art. 17, 19.

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Southin et Donald) (2004), 237 D.L.R. (4th) 40, 196 B.C.A.C. 49, 322 W.A.C. 49, 26 B.C.L.R. (4th) 220, 14 Admin. L.R. (4th) 60, 45 M.P.L.R. (3d) 161, [2004] B.C.J. No. 653 (QL), 2004 BCCA 192, qui a infirmé une décision du juge Brown (2002), 47 Admin. L.R. (3d) 56, 33 M.P.L.R. (3d) 214, [2002] B.C.J. No. 2451 (QL), 2002 BCSC 1507. Pourvoi rejeté.

Peter Kenward, pour l'appelante.

George K. Macintosh, c.r., et *Susan B. Horne*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Peter G. Voith, c.r.*, et *Gib van Ert*, pour les intervenants.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Il y a plus d'un siècle, en 1886, la Couronne provinciale a cédé à Chemin de fer Canadien Pacifique (« CP ») une bande de terre pour la construction d'une ligne de chemin de fer allant de False Creek, dans la ville de Vancouver (« Ville »), vers le sud

Lulu Island (named after Miss Lulu Sweet, a young actress in the first theatrical company to visit British Columbia). It is this corridor of land, now known as the "Arbutus Corridor", that lies at the heart of this appeal.

In 1902, a railway line was built on the corridor. As the century advanced, traffic declined. From time to time, there was talk of using the corridor for an urban transit line, but nothing came of it and, ultimately, the line was placed elsewhere. In 1999, CPR formally began the process of discontinuing rail operations on the corridor under the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.

The Arbutus Corridor has for many years been bounded on both sides and for virtually its entire length by extensive urban development. CPR put forward proposals to develop the corridor for residential and commercial purposes. It also indicated that if the City or any other public body wished to acquire the land, it was willing to sell it at whatever price was determined by agreement or expropriation.

Nothing happened. With increasing vigor, CPR expressed its view that it was intolerable for the City and other governmental bodies to seek to keep the corridor intact without purchasing it. Spirited public debate ensued. The City, as early as 1986, indicated in planning documents and Council resolutions its preference to preserve the corridor for transportation purposes. In the end, the City made it clear that it would not buy the land and adopted the *Arbutus Corridor Official Development Plan By-law*, By-law No. 8249, 25 July 2000 ("ODP By-law"), that designated the corridor as a public thoroughfare for transportation and "greenways", like heritage walks, nature trails and cyclist paths.

The City's powers are derived from the *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, c. 55, an Act of the Legislature of British Columbia, which serves

jusqu'à Steveston, dans l'île Lulu (qui tire son nom de M^lle^ Lulu Sweet, une jeune comédienne faisant partie de la première troupe théâtrale à se rendre en Colombie-Britannique). C'est cette bande de terre, maintenant connue sous le nom de « corridor Arbutus », qui se trouve au cœur du présent pourvoi.

2 En 1902, une ligne de chemin de fer a été construite dans le corridor. Au cours du siècle, le trafic ferroviaire a diminué. De temps à autre, il était question d'utiliser le corridor pour y établir une ligne de transport en commun urbain, mais rien n'a abouti et, au bout du compte, la ligne a été établie ailleurs. En 1999, CP a officiellement entamé le processus de cessation d'exploitation du chemin de fer dans le corridor conformément à la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10.

3 Depuis de nombreuses années, le corridor Arbutus est bordé des deux côtés et sur presque toute sa longueur par de vastes zones de développement urbain. CP a présenté des propositions visant l'aménagement résidentiel et commercial du corridor. Elle a également fait savoir que, si la Ville ou tout autre organisme public désirait acquérir le terrain, elle était disposée à le vendre à un prix établi de gré à gré ou selon les règles d'expropriation.

4 Il ne s'est rien passé. CP a alors déclaré avec plus de vigueur qu'il était intolérable que la Ville et d'autres organismes gouvernementaux cherchent à conserver le corridor intact sans l'acheter. Un débat public animé s'en est suivi. Dès 1986, la Ville a indiqué dans des documents de planification et des résolutions du conseil qu'elle préférait conserver le corridor pour le transport. Finalement, elle a clairement fait savoir qu'elle n'achèterait pas le terrain et a adopté l'*Arbutus Corridor Official Development Plan By-law*, règlement n^o^ 8249, 25 juillet 2000 (« Règlement PAO »), qui désignait le corridor comme voie publique réservée au transport et aux « voies vertes », telles que les sentiers du patrimoine, les sentiers d'interprétation de la nature et les pistes cyclables.

5 La Ville tient ses pouvoirs de la *Vancouver Charter*, S.B.C. 1953, ch. 55 (« Charte de Vancouver »), une loi de la Colombie-Britannique dont l'objet est

the same purpose as a "municipal act" but applies only to the city of Vancouver (see Appendix A). Development plans under s. 561 of the *Vancouver Charter* are essentially statements of intention which do not directly affect land owners' property rights. However, once development plans are adopted as "official" ("ODPs") under s. 562, they preclude development contrary to the plans: s. 563.

6 Building on earlier planning documents, the intent of the ODP By-law was "to provide a context for the future of the [corridor]". More particularly, s. 1.2 stated: "The Arbutus Corridor has been used for many years for a rail line and this plan accommodates this use, but also provides for a variety of other uses."

7 The by-law outlined the uses to which the corridor could be put (s. 2.1):

This plan designates all of the land in the Arbutus Corridor for use only as a public thoroughfare for the purpose only of:

(a) transportation, including without limitations:

(i) rail;

(ii) transit; and

(iii) cyclist paths

but excluding:

(iv) motor vehicles except on City streets crossing the Arbutus Corridor; and

(v) any grade-separated rapid transit system elevated, in whole or in part, above the surface of the ground, of which one type is the rapid transit system known as "SkyTrain" currently in use in the Lower Mainland;

(b) greenways, including without limitation:

(i) pedestrian paths, including without limitation urban walks, environmental demonstration trails, heritage walks and nature trails; and

(ii) cyclist paths.

le même qu'une « loi municipale », sauf qu'elle s'applique uniquement à la ville de Vancouver (voir l'annexe A). Les plans d'aménagement visés à l'art. 561 de la Charte de Vancouver sont essentiellement des déclarations d'intention ne portant pas directement atteinte au droit de propriété des propriétaires fonciers. Cependant, une fois ces plans d'aménagement devenus « officiels » (« PAO ») en vertu de l'art. 562, ils ont pour effet d'empêcher tout aménagement qui leur est contraire : art. 563.

S'inspirant des documents de planification antérieurs, le Règlement PAO avait pour but d'[TRADUCTION] « établir un cadre pour l'avenir du corridor ». Plus particulièrement, l'art. 1.2 énonçait : [TRADUCTION] « Le corridor Arbutus sert depuis de nombreuses années à l'exploitation d'une ligne de chemin de fer et le présent plan tient compte de cet usage, mais prévoit également divers autres usages. »

Le règlement énumère les usages auxquels pourrait être destiné le corridor (art. 2.1) :

[TRADUCTION] Le présent plan désigne l'ensemble du terrain dans le corridor Arbutus exclusivement comme voie publique réservée :

a) au transport, notamment :

(i) le transport ferroviaire,

(ii) le transport en commun,

(iii) les pistes cyclables,

exception faite :

(iv) des véhicules à moteur, sauf dans les rues de la Ville qui croisent le corridor Arbutus,

(v) de tout système de transport rapide en sauts-de-mouton construit, en tout ou en partie, au-dessus du sol, notamment le système de transport rapide connu sous le nom de « SkyTrain », actuellement en service dans le Lower Mainland,

b) aux voies vertes, notamment :

(i) les sentiers pédestres, dont les promenades, les sentiers de démonstration environnementale, les sentiers du patrimoine et les sentiers d'interprétation de la nature,

(ii) les pistes cyclables.

The effect of the by-law was to freeze the redevelopment potential of the corridor and to confine CPR to uneconomic uses of the land. CPR regards this effect as unfair and unreasonable. It does not allege that the City acted in bad faith. However, it argues: (1) that the by-law is *ultra vires* the City and should be struck down; (2) that the City is obligated to compensate CPR for the land; and (3) that the by-law suffers from procedural irregularities and should be struck down on that account.

The chambers judge held the by-law to be *ultra vires* the City, declined a declaration that the City must compensate CPR and found it unnecessary to consider the procedural issues ((2002), 33 M.P.L.R. (3d) 214). The British Columbia Court of Appeal rejected all three arguments and allowed the City's appeal ((2004), 26 B.C.L.R. (4th) 220). CPR now appeals to this Court. Despite considerable sympathy for CPR's position, I conclude that under the *Vancouver Charter*, the City was entitled to refuse compensation and to pass the by-law, and that the courts have no option but to uphold it. I would therefore dismiss the appeal.

2. Issues

1. Was the ODP By-law beyond the statutory powers of the City?

2. If not, must the City compensate CPR for the land?

3. Should the by-law be set aside for procedural irregularities?

3. Analysis

3.1 *Was the By-law Beyond the Statutory Powers of the City?*

The powers of the City are derived from the *Vancouver Charter*. CPR argues that the ODP

Le règlement a eu pour effet d'empêcher d'exploiter le potentiel de réaménagement du corridor et de confiner CP à des utilisations non rentables du terrain. CP considère cet effet comme injuste et déraisonnable. Elle ne prétend pas que la Ville ait agi de mauvaise foi. Elle soutient toutefois ceci : (1) le règlement excède la compétence de la Ville et devrait être annulé; (2) la Ville doit l'indemniser pour le terrain; (3) le règlement souffre d'irrégularités procédurales et devrait en conséquence être annulé. 8

La juge en son cabinet a statué que la Ville n'avait pas compétence pour prendre le règlement, a refusé de déclarer que la Ville doit indemniser CP et a jugé inutile l'examen des questions procédurales ((2002), 33 M.P.L.R. (3d) 214). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté les trois arguments et accueilli l'appel de la Ville ((2004), 26 B.C.L.R. (4th) 220). CP se pourvoit maintenant devant la Cour. Même si je comprends très bien la situation de CP, je conclus que la Charte de Vancouver confère à la Ville le pouvoir de refuser l'indemnisation et de prendre le règlement, et que les tribunaux n'ont d'autre choix que de confirmer sa validité. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 9

2. Questions en litige

1. Le Règlement PAO excède-t-il les pouvoirs légaux de la Ville? 10

2. Dans la négative, la Ville doit-elle indemniser CP pour le terrain?

3. Le règlement devrait-il être annulé pour irrégularités de procédure?

3. Analyse

3.1 *Le règlement excède-t-il les pouvoirs légaux de la Ville?*

La Ville tient ses pouvoirs de la Charte de Vancouver. CP soutient que le Règlement PAO 11

By-law exceeds these powers. For the reasons that follow, I cannot accept this argument.

12 Part XXVII of the *Vancouver Charter* grants extensive powers to the City to determine how land within the city can be used. The three main powers are the power to zone land, the power to plan for land development and the power to issue development permits. (The latter power is of no concern here.) The power to zone land allows the City to establish permissible uses for particular zones, or areas of the City, and is exercised by passing zoning by-laws. The power to plan for development allows the City to set a vision and course for future development, and is exercised by preparing and revising "development plans" and by adopting by by-law development plans as ODPs. Zoning by-laws designate actual permitted uses, while ODPs are directed to preserving land for future non-actualized uses. Both, however, may have the effect of restricting how the designated land may be used. And in the case of both, the *Vancouver Charter* provides that the City is not liable to compensate landowners for loss as a result of these restrictions: s. 569.

13 CPR makes a number of arguments to support its contention that the ODP By-law in this case was beyond the powers granted the City by the *Vancouver Charter.*

14 CPR's main argument is that the by-law exceeds the purpose of an ODP. That purpose, CPR suggests, is to set out policy for future land development. To the extent that the ODP goes further and affects land use, it must provide for the City's acquisition of the land. This ODP, CPR says, is not "zoning" and has none of the protections associated with zoning. Nor is it "planning" because the effect on the landowner is binding. An ODP, in the submission of CPR, is simply a policy directive that has the effect of freezing development in order to prevent changes and improvements on the land while the City is engaged in the steps

excède ces pouvoirs. Pour les motifs qui suivent, je ne saurais accepter cet argument.

La partie XXVII de la Charte de Vancouver confère à la Ville de vastes pouvoirs lui permettant de déterminer l'utilisation de son territoire. Les trois principaux pouvoirs sont le pouvoir de zoner, le pouvoir de planifier l'aménagement du territoire et le pouvoir de délivrer des permis d'aménagement. (Ce dernier pouvoir n'est pas visé par le présent pourvoi.) Le pouvoir de zoner permet à la Ville d'établir les utilisations qui sont acceptables dans certaines zones ou certains secteurs de son territoire, et il s'exerce par la prise de règlements de zonage. Le pouvoir de planifier l'aménagement du territoire autorise la Ville à forger une vision de l'aménagement futur et à imprimer une direction à celui-ci; il s'exerce par la préparation et la révision de « plans d'aménagement » et par l'adoption par règlement de plans d'aménagement comme PAO. Les règlements de zonage précisent les utilisations autorisées concrètes, alors que les PAO visent la conservation du territoire pour des utilisations futures non concrétisées. Les deux peuvent toutefois avoir pour effet de restreindre l'utilisation du territoire visé. Et dans les deux cas, la Charte de Vancouver prévoit que la Ville n'est pas tenue d'indemniser les propriétaires fonciers pour la perte subie par suite de ces restrictions : art. 569.

CP avance un certain nombre d'arguments à l'appui de sa prétention qu'en l'espèce le Règlement PAO excède les pouvoirs conférés à la Ville par la Charte de Vancouver.

Le CP soutient principalement que le règlement dépasse l'objet d'un PAO, qui, selon elle, consiste à établir une politique pour l'aménagement futur du territoire. Dans la mesure où le PAO va plus loin et affecte l'utilisation du terrain, il doit prévoir l'acquisition de ce terrain par la Ville. Le présent PAO, affirme CP, n'est pas un plan de « zonage » et il ne comporte aucune des protections associées au zonage. Il ne s'agit pas non plus d'une « planification » parce qu'il a pour effet de lier le propriétaire du terrain. Selon CP, un PAO est simplement une directive d'orientation ayant pour effet de bloquer l'aménagement d'un terrain afin d'empêcher que

necessary to acquire the land. The contention is that the City misused the ODP power in this case since it never had any intention of purchasing the land and never took steps to do so. In short, CPR contends, to pass a valid ODP under ss. 561 and 562 of the *Vancouver Charter*, the City must have a plan to acquire the land. Since the City had no such plan, the ODP By-law is invalid.

CPR buttresses this submission with the argument that the Legislature could not have intended the *Vancouver Charter* to permit the City to effectively expropriate land by use limitations without taking formal title. It points out that this is the first time in 40 years that the City has used its ODP power to effectively designate private land public without acquiring it. This, it says, is a new interpretation of the *Vancouver Charter* that the City has "dreamed up" to achieve its aim of using or freezing the corridor without legally acquiring it.

CPR's contention that the ODP By-law is invalid in the absence of a plan to acquire the land is not supported by the wording of the *Vancouver Charter*, which (1) confers a broad power on the City to pass ODPs for planning purposes without moving to implement those plans; and (2) specifically contemplates that ODPs may adversely affect land and exempts the City from liability for any such effects.

First, the *Vancouver Charter* confers a broad power on the City to pass ODPs for planning purposes without requiring the City to implement those plans. The *Vancouver Charter* confers power on the City to plan for future development of "land", "areas" and "sites", which is precisely what the ODP By-law is intended to do: s. 561(2). An ODP is just what its name suggests — a plan to guide future development, not a fully actualized scheme. Thus, in defining "development plan", s. 559 states that a plan for the future physical development of

l'on y apporte des modifications et des améliorations pendant que la Ville entreprend les démarches nécessaires pour l'acquérir. Elle prétend qu'en l'espèce la Ville a abusé de son pouvoir d'adopter des PAO, puisqu'elle n'a jamais eu l'intention d'acheter le terrain et qu'elle n'a jamais pris de mesures pour le faire. Bref, d'affirmer CP, pour adopter validement un PAO en vertu des art. 561 et 562 de la Charte de Vancouver, la Ville doit avoir un plan d'acquisition du terrain. Comme elle n'en avait pas, le Règlement PAO est invalide.

15 Pour étayer sa prétention, CP fait valoir que le législateur ne peut pas avoir voulu que la Charte de Vancouver autorise la Ville à exproprier dans les faits un terrain en imposant des restrictions à son utilisation sans acquérir le titre de propriété officiel. Elle souligne que c'est la première fois en 40 ans que la Ville exerce son pouvoir d'adopter des PAO pour affecter dans les faits un terrain privé à un usage public sans l'acquérir. Il s'agit-là, affirme-t-elle, d'une nouvelle interprétation de la Charte de Vancouver que la Ville a « imaginée » pour atteindre son objectif, qui est d'utiliser le corridor, ou de bloquer son utilisation, sans l'acquérir légalement.

16 La prétention de CP que le Règlement PAO est invalide en l'absence d'un plan d'acquisition du terrain n'est pas étayée par le libellé de la Charte de Vancouver, laquelle (1) confère à la Ville un vaste pouvoir lui permettant d'adopter des PAO à des fins de planification, sans l'obliger à les mettre en œuvre, et (2) expressément prévoit que les PAO peuvent avoir une incidence négative sur l'utilisation du terrain et dégage la Ville de toute responsabilité à cet égard.

17 Premièrement, la Charte de Vancouver confère à la Ville un vaste pouvoir lui permettant d'adopter des PAO à des fins de planification sans l'obliger à les mettre en œuvre. Elle lui confère le pouvoir de planifier l'aménagement futur du « terrain », des « secteurs » et des « emplacements », ce qui est précisément ce qu'est censé faire le Règlement PAO : par. 561(2). Un PAO n'est rien d'autre que ce que son nom indique — un plan servant à orienter l'aménagement futur, et non un régime complètement actualisé. Ainsi, dans la définition de

any part of the city does not need to be "complete". It may be a "partial" plan. The steps necessary to bring the plan to fruition do not need to be worked out. This negates the suggestion that passing an ODP requires the City to acquire affected land.

« plan d'aménagement » à l'art. 559, il est précisé qu'un plan prévoyant l'aménagement physique d'une partie de la ville n'a pas besoin d'être « complet ». Il peut s'agir d'un plan « partiel ». Les étapes nécessaires pour mettre ce plan à exécution n'ont pas besoin d'être définies. Cela vient contredire la thèse que l'adoption d'un PAO oblige la Ville à acquérir le territoire visé.

18 This is confirmed by s. 563(1) of the *Vancouver Charter*, which provides that "[t]he adoption by [City] Council of a development plan shall not commit the Council to undertake any of the developments shown on the plan". More specifically, s. 564(1) states that "[w]here a project is shown upon an ODP, the Council may acquire any real property it considers essential to the carrying-out of the project". In other words, the City may acquire property subject to the ODP, but is not obliged to acquire it.

Cette opinion est confirmée par le par. 563(1) de la Charte de Vancouver : [TRADUCTION] « L'adoption par le conseil [de la Ville] d'un plan d'aménagement ne l'engage pas quant à la mise en œuvre des aménagements figurant dans ce plan ». Plus particulièrement, le par. 564(1) précise que [TRADUCTION] « [l]orsque le PAO indique un projet, le conseil peut acquérir tout bien-fonds qu'il juge essentiel à la mise en œuvre de celui-ci ». Autrement dit, la Ville peut acquérir le bien-fonds visé par le PAO, mais elle n'est pas tenue de le faire.

19 Second, the *Vancouver Charter* expressly contemplates the possibility that an ODP may adversely affect land and exempts the City from liability for such effects. This negates the argument that ODPs are simply statements of policy and, to the extent that they may affect land use and values, must be accompanied by plans to acquire the affected land. Section 569 deems that the exercise of the City's power does not constitute a "tak[ing] or injuriou[s] affect[ion]" and that "no compensation shall be payable by the city or any inspector or official thereof". The Legislature clearly contemplated that ODPs could have effects like those found in this case, and went on to hold that the City was not liable for the consequences.

Deuxièmement, la Charte de Vancouver expressément prévoit qu'un PAO peut avoir une incidence négative sur le territoire et dégage la Ville de toute responsabilité à cet égard. Cette disposition vient réfuter l'argument que les PAO sont simplement des énoncés de politique et que, dans la mesure où ils peuvent nuire à l'utilisation et à la valeur du territoire, ils doivent être assortis d'un plan d'acquisition du terrain visé. Selon l'article 569, l'exercice par la Ville de son pouvoir ne constitue ni une « appropriation » ni un acte causant un « préjudice » et [TRADUCTION] « aucune indemnité ne peut être versée par la ville, ses inspecteurs ou ses représentants ». Le législateur a clairement prévu qu'un PAO pouvait produire des effets comme ceux en l'espèce et a ajouté que la Ville ne pouvait être tenue responsable des conséquences.

20 The effect of the ODP By-law in this case is to designate the Arbutus Corridor a public thoroughfare. The power to designate public thoroughfares was formerly a zoning power. In 1964, it was transferred to the ODP power. At the same time, s. 569 was expanded from protecting the exercise of zoning power to protecting the exercise of "any of the powers contained in this Part": see *Vancouver*

Le Règlement PAO a pour effet en l'espèce de désigner le corridor Arbutus comme voie publique. Le pouvoir de désigner les voies publiques relevait autrefois du pouvoir de zoner. En 1964, il a été transféré au pouvoir d'adopter des PAO. Au même moment, la protection de l'exercice du pouvoir de zoner prévue à l'art. 569 a été élargie de manière à couvrir [TRADUCTION] « tout pouvoir conféré

Charter Amendment Act, 1964, S.B.C. 1964, c. 72, ss. 17 and 19. This indicates that the Legislature contemplated that the exercise of the power to create a public thoroughfare under an ODP could adversely affect landowners, and deliberately dealt with that possibility by providing that the City would not be liable for such adverse affects. This is inconsistent with the argument that the Legislature intended the City to acquire any lands affected by an ODP.

I conclude that the provisions of the *Vancouver Charter* do not require the City to either acquire or have a plan to acquire land that is subject to an ODP. The by-law is not invalidated on this ground.

CPR also argues that the by-law is invalid because designation of the corridor for use only as a public thoroughfare effectively designates the corridor as a street. Section 2 of the *Vancouver Charter* defines "street" as including "any . . . way normally open to the use of the public". Section 289 of the *Vancouver Charter* requires a street to be vested in the City. CPR argues that this requires the City to obtain legal title to all land used for streets. Since it has not acquired title to the corridor, its designation for use as a public thoroughfare is invalid, CPR argues.

I cannot accept this argument. Stipulating that a piece of land can be used only as a public thoroughfare in an ODP does not make it a street. It merely freezes the use of the land with a view to preserving it for future development by precluding present uses that might interfere with that development. In this case, for example, residential and commercial development cannot take place on the corridor because that might interfere with it being developed in the future for purposes of public passage. For the time being, however, the corridor remains private land in the hands of CPR. CPR's argument rests on the premise that City Council must treat the corridor like a street, simply because the by-law allows use of the land for public passage. However, the City points out that the *Vancouver Charter*'s

par la présente partie » (voir *Vancouver Charter Amendment Act, 1964*, S.B.C. 1964, ch. 72, art. 17 et 19). Cela indique que le législateur avait prévu que l'exercice du pouvoir de créer une voie publique au moyen d'un PAO pouvait nuire aux propriétaires fonciers et qu'il a délibérément pris des mesures visant à dégager la Ville de toute responsabilité à cet égard. Cette conclusion est incompatible avec l'argument selon lequel le législateur voulait que la Ville acquière tout terrain visé par un PAO.

21 Je conclus que les dispositions de la Charte de Vancouver n'imposent pas à la Ville l'obligation d'acquérir tout terrain visé par un PAO ou d'avoir un plan pour son acquisition. Le règlement n'est pas invalidé pour ce motif.

22 CP fait aussi valoir que le règlement est invalide parce qu'en désignant le corridor exclusivement comme voie publique, il le désigne dans les faits comme rue. Selon la définition de l'art. 2 de la Charte de Vancouver, « rue » s'entend notamment de [TRADUCTION] « toute [. . .] voie normalement ouverte à la circulation du public ». Selon l'art. 289 de la Charte de Vancouver, une rue doit être dévolue à la Ville. CP soutient que cette disposition oblige la Ville à obtenir le titre de propriété de tous les terrains servant de rues. Comme elle n'a pas acquis le titre du corridor, la désignation de ce dernier comme voie publique est invalide, affirme CP.

23 Je ne peux accepter cet argument. Prévoir dans un PAO qu'une parcelle de terrain ne peut être utilisée que comme voie publique n'en fait pas une rue. Cela bloque simplement l'utilisation du terrain, qui est mis de côté pour un aménagement futur; de ce fait, les utilisations en cours susceptibles de compromettre cet aménagement sont exclues. En l'espèce, par exemple, aucun développement résidentiel ou commercial n'est possible dans le corridor parce qu'il pourrait compromettre son aménagement futur visant à en faire une voie ouverte à la circulation publique. Pour le moment, le corridor demeure toutefois un terrain privé entre les mains de CP. L'argument de CP repose sur la prémisse selon laquelle le conseil de la Ville doit considérer le corridor comme une rue, simplement parce que

definition of "street" expressly excludes "a private right-of-way on private property", which describes the corridor precisely.

24 In a variation on this argument, CPR argues that the by-law purports to regulate motor vehicle traffic on the corridor, which can only be done on streets: s. 317. However, the by-law does not regulate traffic. It simply designates the corridor for use as a public thoroughfare that excludes motor vehicles. Motor vehicles are regulated only on street crossings, which are either vested in the City or for which the City holds an easement: s. 289.

25 Finally, CPR argues that the by-law is invalid because its effect is not to designate land but to regulate it. Regulation, it argues, is not appropriate for an ODP. Again, there is no merit in this argument. The by-law does not regulate the use of land, but merely designates the corridor for use as a public thoroughfare. That designation makes applicable s. 563(3) of the *Vancouver Charter*, which limits the use that can be made of the corridor so designated. The limit arises from powers the Legislature gave to the City and the provisions of the *Vancouver Charter* enacted by the Legislature. Its effects cannot be said to be contrary to what the Legislature intended.

26 I conclude that CPR's contention that the by-law is invalid because it goes beyond the City's powers under the *Vancouver Charter* cannot be accepted.

3.2 *Compensation*

27 CPR argues there is a presumption that the Legislature intended any taking of property to be compensated. It argues that the ODP By-law, by limiting its use, constitutes an effective taking of its land. It cannot use the land for any economically viable purpose. It cannot, it says, even run a railway because the by-law precludes maintenance of its track. In these circumstances, the City has

le règlement autorise l'utilisation du terrain pour la circulation du public. La Ville souligne cependant que la définition de « rue » dans la Charte de Vancouver exclut expressément [TRADUCTION] « le droit de passage privé sur une propriété privée », ce qui est exactement le cas du corridor.

Poursuivant cet argument, CP prétend que le règlement vise à réglementer la circulation des véhicules à moteur dans le corridor, ce qui ne peut être fait que dans les rues : art. 317. Or, le règlement ne réglemente pas la circulation. Il ne fait que désigner le corridor comme voie publique où sont exclus les véhicules à moteur. Ces derniers ne sont réglementés que dans les rues qui croisent le corridor, lesquelles sont dévolues à la Ville ou font l'objet d'une servitude en sa faveur : art. 289.

Enfin, CP fait valoir que le règlement est invalide parce qu'il a pour effet non pas de désigner un terrain, mais de le réglementer. Or, le but d'un PAO, soutient-elle, n'est pas de réglementer. Là encore, cet argument n'est pas fondé. Le règlement ne régit pas l'utilisation du terrain, mais ne fait que désigner le corridor comme voie publique. Cette désignation déclenche l'application du par. 563(3) de la Charte de Vancouver, qui restreint l'utilisation possible du corridor ainsi visé. Cette restriction découle des pouvoirs que le législateur a confiés à la Ville et des dispositions de la Charte de Vancouver qu'il a adoptée. On ne peut donc pas affirmer que ses effets sont contraires à l'intention du législateur.

Je conclus que la prétention de CP selon laquelle le règlement est invalide parce qu'il excède les pouvoirs conférés à la Ville par la Charte de Vancouver ne saurait être retenue.

3.2 *Indemnisation*

CP soutient qu'il existe une présomption selon laquelle le législateur voulait que toute appropriation de biens-fonds fasse l'objet d'une indemnisation. Elle prétend que le Règlement PAO, en limitant l'utilisation de son terrain, constitue une véritable appropriation. Elle ne peut l'utiliser à des fins économiquement viables. Elle ne peut même pas, affirme-t-elle, exploiter un chemin de fer parce

effectively "taken" its land and must compensate it, CPR urges.

Like the Court of Appeal, I am not satisfied that the by-law prevents track maintenance or the operation of a railway on the corridor. Indeed, CPR has no desire to operate a railway there. Its real complaint is that the by-law prevents it from developing or using the corridor for economically profitable purposes. This amounts, it argues, to a *de facto* taking of its land, requiring compensation.

CPR argues that at common law, a government act that deprives a landowner of all reasonable use of its land constitutes a *de facto* taking and imposes an obligation on the government to compensate the landowner.

For a *de facto* taking requiring compensation at common law, two requirements must be met: (1) an acquisition of a beneficial interest in the property or flowing from it, and (2) removal of all reasonable uses of the property (see *Mariner Real Estate Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 696 (N.S.C.A.), at p. 716; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; and *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533.

In my view, neither requirement of this test is made out here.

First, CPR has not succeeded in showing that the City has acquired a beneficial interest related to the land. To satisfy this branch of the test, it is not necessary to establish a forced transfer of property. Acquisition of beneficial interest related to the property suffices. Thus, in *Manitoba Fisheries*, the government was required to compensate a landowner for loss of good will. See also *Tener*.

CPR argues that, by passing the ODP By-law, the City acquired a *de facto* park, relying on the

que le règlement l'empêche d'entretenir ses rails. Dans de telles circonstances, la Ville s'est véritablement « approprié » son terrain et doit lui verser une indemnité, insiste CP.

28 Tout comme la Cour d'appel, je ne suis pas convaincue que le règlement empêche l'entretien des rails ou l'exploitation d'un chemin de fer dans le corridor. D'ailleurs, CP n'entend pas exploiter un chemin de fer à cet endroit. Le véritable objet de sa plainte, c'est que le règlement l'empêche d'aménager ou d'utiliser le corridor à des fins rentables. Cela équivaut, prétend-elle, à une appropriation de fait de son terrain, nécessitant une indemnisation.

29 CP soutient qu'en common law, tout acte gouvernemental qui prive un propriétaire foncier de toutes les utilisations raisonnables de son terrain constitue une appropriation de fait et impose au gouvernement l'obligation d'indemniser le propriétaire.

30 Pour qu'une appropriation de fait impose une indemnisation en common law, deux conditions doivent être remplies : (1) l'acquisition d'un intérêt bénéficiaire dans le bien-fonds ou d'un droit découlant de ce bien; (2) la suppression de toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds : voir *Mariner Real Estate Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 696 (C.A.N.-É.), p. 716; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; et *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533.

31 À mon avis, il n'a été satisfait à aucune des conditions du critère en l'espèce.

32 Premièrement, CP n'a pas réussi à démontrer que la Ville a acquis un intérêt bénéficiaire relatif au terrain. Pour satisfaire à ce volet du critère, il n'est pas nécessaire d'établir le transfert forcé du bien-fonds. L'acquisition d'un intérêt bénéficiaire relatif au bien-fonds suffit. Ainsi, dans *Manitoba Fisheries*, le gouvernement a été tenu d'indemniser un propriétaire foncier pour perte d'achalandage. Voir aussi *Tener*.

33 CP soutient qu'en adoptant le Règlement PAO, la Ville a acquis de fait un parc, se fondant sur

observation of Southin J.A. that "the bylaw in issue now can have no purpose but to enable the inhabitants to use the corridor for walking and cycling, which some do (trespassers all), without paying for that use" (para. 117). Southin J.A. went on to say: "The shareholders of . . . CPR ought not to be expected to make a charitable gift to the inhabitants" (para. 118). Yet, as Southin J.A. acknowledged, those who now casually use the corridor are trespassers. The City has gained nothing more than some assurance that the land will be used or developed in accordance with its vision, without even precluding the historical or current use of the land. This is not the sort of benefit that can be construed as a "tak[ing]".

34 Second, the by-law does not remove all reasonable uses of the property. This requirement must be assessed "not only in relation to the land's potential highest and best use, but having regard to the nature of the land and the range of reasonable uses to which it has actually been put": see *Mariner Real Estate*, at p. 717. The by-law does not prevent CPR from using its land to operate a railway, the only use to which the land has ever been put during the history of the City. Nor, contrary to CPR's contention, does the by-law prevent maintenance of the railway track. Section 559's definition of "development" is modified by the words "unless the context otherwise requires". Finally, the by-law does not preclude CPR from leasing the land for use in conformity with the by-law and from developing public/private partnerships. The by-law acknowledges the special nature of the land as the only such intact corridor existing in Vancouver, and expands upon the only use the land has known in recent history.

35 CPR also argues that the British Columbia *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125, requires the City to compensate CPR (Appendix B). Section 1 of the Act defines "expropria[tion]" as "the taking of land by an expropriating authority under an enactment without the consent of

l'observation de la juge Southin selon laquelle [TRADUCTION] « le règlement en litige ne peut avoir pour objet que de permettre aux habitants d'utiliser le corridor pour la marche et le cyclisme, ce que certains font (tous des intrus) sans payer pour cette utilisation » (par. 117). La juge Southin a ajouté : [TRADUCTION] « On ne doit pas s'attendre à ce que les actionnaires de CP fassent un don de bienfaisance aux habitants » (par. 118). Pourtant, comme la juge Southin l'a reconnu, ceux qui utilisent occasionnellement le corridor sont des intrus. La Ville n'a gagné rien de plus qu'une certaine assurance que le terrain sera utilisé ou aménagé selon sa vision, sans même exclure l'utilisation antérieure ou actuelle du terrain. Il ne s'agit pas d'un type d'avantage qui peut être considéré comme une « appropriation ».

Deuxièmement, le règlement ne supprime pas toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds. Cette condition doit être appréciée [TRADUCTION] « non seulement par rapport à l'utilisation potentielle optimale du terrain, mais aussi compte tenu de la nature du terrain et des diverses utilisations raisonnables dont il a effectivement fait l'objet » : voir *Mariner Real Estate*, p. 717. Le règlement n'empêche pas CP d'utiliser son terrain pour exploiter un chemin de fer, soit la seule utilisation dont le terrain a fait l'objet au cours de l'histoire de la Ville. Il ne l'empêche pas non plus, contrairement à ce qu'elle prétend, d'entretenir sa voie ferrée. La définition de [TRADUCTION] « aménagement » à l'art. 559 est modifiée par « [s]auf indication contraire du contexte ». Enfin, le règlement n'empêche pas CP de louer le terrain pour une utilisation conforme au règlement ni d'établir des partenariats public-privé. Le règlement reconnaît la nature spéciale du terrain, à savoir qu'il constitue le seul corridor intact à Vancouver, et apporte des précisions sur la seule utilisation qu'il a connue dans son histoire récente.

CP prétend aussi que l'*Expropriation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 125 (la « Loi »), exige de la Ville qu'elle l'indemnise (annexe B). L'article 1 de la Loi définit « expropria[tion] » comme étant [TRADUCTION] « l'appropriation d'un bien-fonds par l'autorité

the owner", and goes on to define "expropriating authority" as "a person . . . empowered under an enactment to expropriate land". Section 2(1) of the Act provides that "[i]f an expropriating authority proposes to expropriate land, th[e] Act applies to the expropriation, and, if there is an inconsistency between any of the provisions of th[e] Act and any other enactment respecting the expropriation, the provisions of [the *Expropriation Act*] apply." The *Expropriation Act* requires compensation for land expropriated, while the *Vancouver Charter* states the City is not obliged to compensate for adverse effects to land caused by an ODP. CPR argues that this constitutes an inconsistency and that, under s. 2 of the *Expropriation Act*, the requirement of compensation in that Act must prevail.

expropriante [. . .], sans le consentement du propriétaire » et « autorité expropriante » comme étant [TRADUCTION] « toute personne [. . .] qu'une loi autorise à exproprier un bien-fonds ». Le paragraphe 2(1) de la Loi prévoit : [TRADUCTION] « La présente loi s'applique dans tous les cas où l'autorité expropriante se propose d'exproprier un bien-fonds et ses dispositions l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi concernant l'expropriation. » La Loi exige le versement d'une indemnité pour le bien-fonds exproprié, alors que, selon la Charte de Vancouver, la Ville n'est pas tenue de payer une indemnité pour les effets préjudiciables causés au bien-fonds par un PAO. CP soutient qu'il y a contradiction et que, selon l'art. 2 de la Loi, l'obligation de verser une indemnité prévue par cette loi doit prévaloir.

This argument rests on the premise that there is an inconsistency between the *Expropriation Act* and the *Vancouver Charter* as applied to the facts in this case. It assumes that the land is "expropriate[d]" or "taken" and that the two statutes impose different obligations in this event — compensation in one case, no compensation in the other. In fact, however, the provisions of the *Vancouver Charter* prevent a conflict from ever arising. Section 569 of the *Vancouver Charter* provides that property affected by a by-law "shall be deemed as against the city not to have been taken". The *Expropriation Act* applies only where there has been a "tak[ing]" or "expropriat[ion]". Since by statute there is no taking or expropriation here, there is no inconsistency with the *Expropriation Act* and s. 2(1) cannot apply.

36 Cet argument repose sur la prémisse qu'il existe une contradiction entre la Loi et la Charte de Vancouver, à la lumière des faits de l'espèce. Il suppose qu'il y a « appropriation » ou « expropriation » et que les deux textes législatifs imposent des obligations différentes dans un tel cas — indemnisation dans l'un, aucune indemnisation dans l'autre. En fait, les dispositions de la Charte de Vancouver permettent d'éviter tout conflit. En effet, l'art. 569 de la Charte de Vancouver prévoit que tout bien-fonds visé par un règlement [TRADUCTION] « est réputé, en ce qui concerne la ville, ne pas avoir fait l'objet d'une appropriation ». La Loi ne s'applique qu'en cas d'« appropriation » ou d'« expropriation ». Puisqu'il n'y a légalement ni appropriation ni expropriation en l'espèce, il n'existe aucune contradiction avec la Loi et le par. 2(1) ne saurait s'appliquer.

I add this. Even if the facts of this case could be seen to support an inference of *de facto* taking at common law, that inference has been conclusively negated by s. 569 of the *Vancouver Charter*. The Province has the power to alter the common law. Here, by providing that the effects of the ODP By-law cannot amount to a "tak[ing]", it has rendered inapplicable the common law *de facto* taking remedy upon which CPR relies.

37 J'ajouterai ceci. Même s'il était possible de considérer que les faits de l'espèce étayent une inférence d'appropriation de fait en common law, cette inférence a été mise en échec de manière concluante par l'art. 569 de la Charte de Vancouver. La Province a le pouvoir de modifier la common law. Ici, en prévoyant que les effets du Règlement PAO ne peuvent être assimilés à une « appropriation », elle a rendu inapplicable le recours prévu par la common law en matière d'appropriation de fait qu'invoque CP.

3.3 *Should the By-Law Be Set Aside for Procedural Irregularities?*

38 In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, this Court affirmed a duty of procedural fairness in making administrative decisions. Such decisions must be made "using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context" (para. 22, *per* L'Heureux-Dubé J.). Moreover, those affected by the decision must be given the opportunity to put forward their views and evidence, and have them considered by the decision-maker.

39 The content of the duty of procedural fairness depends on a number of factors, including: the "nature of the decision being made and the process followed in making it"; the "nature of the statutory scheme and the 'terms of the statute pursuant to which the body operates'"; the "importance of the decision to the individual or individuals affected"; the "legitimate expectations of the person challenging the decision"; and the requirement to "respect 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, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances": *Baker*, at paras. 22-27.

40 The *Vancouver Charter* imposes no statutory requirement to hold a public hearing before adopting an ODP. However, given the potential impact of the ODP By-law on CPR in this case, there can be little doubt that the City owed it a duty of fairness. The City sought to fulfil this duty through the public hearing process, which it is required to conduct prior to zoning by-laws: see *Vancouver Charter*, s. 566(1). The issue here is whether the City's conduct in relation to CPR meets the standard of fairness with reference to the factors set out in *Baker*.

41 CPR makes three specific complaints about the hearing process:

3.3 *Le règlement devrait-il être annulé pour irrégularités de procédure?*

Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la Cour a confirmé l'obligation d'équité procédurale dans la prise de décisions administratives. Ces décisions doivent être prises « au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social » (par. 22, la juge L'Heureux-Dubé). En outre, les personnes visées par la décision doivent avoir la possibilité de présenter leur point de vue et des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment « la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir »; la « nature du régime législatif et "les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question" »; l'« importance de la décision pour les personnes visées »; les « attentes légitimes de la personne qui conteste la décision » et l'obligation de « respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances » : *Baker*, par. 22-27.

La Charte de Vancouver n'impose aucune obligation de tenir une audience publique avant d'adopter un PAO. Cependant, étant donné les répercussions possibles du Règlement PAO sur CP en l'espèce, il fait peu de doute que la Ville a envers celle-ci une obligation d'équité. La Ville a tenté de s'acquitter de cette obligation grâce au processus d'audience publique, auquel elle doit se soumettre avant de prendre un règlement de zonage : voir le par. 566(1) de la Charte de Vancouver. La question en l'espèce est de savoir si la conduite de la Ville à l'égard de CP respecte la norme d'équité au regard des facteurs énumérés dans *Baker*.

CP formule trois plaintes précises au sujet du processus d'audience :

1. The failure of the hearing notices to state that the proposed by-law "designates private land public";

2. The change made to the by-law after the hearing, in contravention of alleged representations to CPR and the general public that no decisions would be made on specific transit uses or routing; and

3. The non-disclosure of relevant documents including:

   a. written submissions made to City Council, and

   b. city documents, including a letter written by Councillor Puil to two Vancouver residents, and reports concerning the City's railway and an investigation by the BC Building Corporation into a possible purchase of CPR's land.

For the reasons that follow, I conclude that the City's conduct did not violate the duty of fairness it owed CPR.

3.3.1 Flawed Hearing Notices

The public was notified of the hearing in two ways. First, the City placed an advertisement in the *Vancouver Sun* and the *Courier* newspapers. The ads, in part, read:

> If adopted, the Arbutus Corridor Official Development Plan (ODP) will designate the Arbutus Corridor for the purposes only of transportation, including rail, transit and cycle and pedestrian paths, but excluding the movement of motor vehicles except on City streets crossing the Arbutus Corridor.

The advertisements provided contact numbers and addresses for more information.

Second, a letter was delivered to 11,000 people in the immediate neighbourhood of the corridor. That letter read, in part:

1. l'omission de mentionner dans les avis d'audience que le projet de règlement [TRADUCTION] « affecte un terrain privé à un usage public »;

2. la modification apportée au règlement après l'audience, contrairement aux déclarations qui auraient été faites à CP et au public en général selon lesquelles aucune décision ne serait prise au sujet des utilisations ou itinéraires particuliers en matière de transport en commun;

3. la non-communication de documents pertinents, notamment :

   a. d'arguments écrits présentés au conseil de la Ville;

   b. de documents municipaux, dont la lettre que le conseiller municipal Puil a adressée à deux résidants de Vancouver, et des rapports concernant le service ferroviaire de la Ville et l'enquête effectuée par la BC Building Corporation en vue de l'acquisition du terrain de CP.

42 Pour les motifs qui suivent, je conclus que, par sa conduite, la Ville n'a pas enfreint son obligation d'équité envers CP.

3.3.1 Avis d'audience déficients

43 Le public a été avisé de l'audience de deux façons. Premièrement, la Ville a fait paraître une annonce dans le *Vancouver Sun* et dans le *Courier*. En voici un extrait :

> [TRADUCTION] Le plan d'aménagement officiel (PAO) du corridor Arbutus, une fois adopté, désigne celui-ci comme voie réservée au transport, notamment le transport ferroviaire, le transport en commun, les pistes cyclables et les sentiers pédestres, exception faite de la circulation des véhicules à moteur, sauf dans les rues de la Ville qui croisent le corridor Arbutus.

Les annonces donnaient les numéros et adresses des personnes ressources.

44 Deuxièmement, une lettre a été envoyée à 11 000 personnes vivant dans le voisinage immédiat du corridor. En voici un extrait :

While the Arbutus Corridor is presently used as a rail line, the existing zoning is generally the same as that of the adjacent lands. If adopted, the Arbutus Corridor ODP will designate the Arbutus Corridor for the purposes only of transportation, including rail, transit and cycle and pedestrian paths but excluding the movement of motor vehicles except on City streets crossing the Arbutus Corridor. These uses would be the only ones allowed.

Please note that the purpose of the Public Hearing is for Council to hear from the public on the range of proposed uses permissible under the Arbutus Corridor ODP. Council will not make any decision about specific transit uses along the Arbutus Corridor as a result of this Public Hearing.

[TRADUCTION] Bien que le corridor Arbutus serve actuellement de ligne de chemin de fer, le zonage existant est généralement le même que pour les terrains adjacents. Le PAO du corridor Arbutus, une fois adopté, désigne celui-ci comme voie réservée au transport, notamment le transport ferroviaire, le transport en commun, les pistes cyclables et les sentiers pédestres, exception faite de la circulation des véhicules à moteur, sauf dans les rues de la Ville qui croisent le corridor Arbutus. Seules ces utilisations seraient autorisées.

Veuillez prendre note que le but de l'audience publique est de permettre au conseil de connaître l'opinion du public au sujet des diverses utilisations qu'il se propose d'autoriser en vertu du PAO du corridor Arbutus. Le conseil ne prendra aucune décision sur les utilisations particulières en matière de transport en commun le long du corridor Arbutus à la suite de cette audience publique.

45 The notices expressly said the by-law would designate the corridor "for the purposes only of transportation, including rail, transit and cycle and pedestrian paths". CPR complains that these notices were not specific enough. It says the notices avoided stating that the by-law was "designating private land public" and thus avoided public discussion and debate over the appropriateness of doing so.

Les avis mentionnaient expressément que le règlement désignerait le corridor « comme voie réservée au transport, notamment le transport ferroviaire, le transport en commun, les pistes cyclables et les sentiers pédestres ». CP se plaint de ce que ces avis ne sont pas assez précis. Elle affirme qu'ils ne mentionnent pas que le règlement [TRADUCTION] « affecte un terrain privé à un usage public », évitant ainsi la tenue d'un débat public sur l'opportunité de cette décision.

46 In my view, the notice clearly gave the flavour of the by-law being considered. Although it is always possible that an alternative wording might have attracted more people, what is required is fairness, not perfection. The notice listed the public uses proposed for the Arbutus Corridor. Moreover, it is difficult to see how a different notice would have affected the participatory rights of CPR. CPR was fully aware of the nature of the by-law the City was proposing and did not suffer any prejudice from the notice being written as it did. "[W]here it can be readily inferred from the surrounding circumstances, such as active participation in the proceeding, that a party was aware of the nature and subject-matter of the hearing, then an otherwise insufficiently specific notice may be excused": D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at § 9:5110, p. 9-34.

Selon moi, l'avis fait clairement ressortir l'essence du règlement à l'étude. Certes, il est toujours possible qu'une formulation différente aurait pu attirer un plus grand nombre de personnes, mais c'est l'équité qui s'impose et non la perfection. L'avis énumérait les utilisations publiques proposées pour le corridor Arbutus. En outre, il est difficile de voir comment un avis différent aurait pu avoir un effet sur les droits de participation de CP. Celle-ci connaissait parfaitement la nature du règlement proposé par la Ville et l'avis, tel qu'il était rédigé, ne lui a causé aucun préjudice. [TRADUCTION] « Lorsqu'il est facile d'inférer des circonstances de l'affaire, telle une participation active à l'instance, qu'une partie était au courant de la nature et de l'objet de l'audience, il est alors possible d'excuser un avis par ailleurs insuffisamment précis » : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles) § 9:5110, p. 9-34.

3.3.2 Change to the By-Law After Hearing

The relevant part of the ODP By-law as proposed prior to the hearing designated the Arbutus Corridor as a public thoroughfare for the purpose of transportation by rail, transit and cycling, but excluded the movement of "motor vehicles except on City streets crossing the [corridor]" (s. 2.1). After the hearing, the by-law was revised to exclude not only motor vehicles, but also a type of rapid transit system known as "SkyTrain". The revised by-law was adopted without further hearing. CPR argues that the addition of the exclusion of SkyTrain after the hearing violated the legitimate expectation of it and the public at the time of the hearing could have expected that SkyTrain remained a possible use for the corridor. In fact, the SkyTrain has since been designated for another route, the Cambie Street route.

Whether the City acted contrary to legitimate expectations must be decided in the context of the nature of the City's decision-making power, the statutory scheme and the City's role in arriving at a decision that is in the interest of the whole city. The statutory scheme empowers the City to prepare and revise development plans (s. 561(1)), adopt development plans as ODPs (s. 562(1)(a)) and revise or amend ODPs, or any part thereof, (s. 562(1)(b)), all without any requirement of a formal hearing. The decision-making process is not judicial, but legislative. The City Council exercises discretionary power in the public interest. CPR had a special interest because of its ownership of the land affected, but the impact of the by-law was much broader, potentially affecting many other private and public citizens. The City is called on to exercise its power in a *responsive* way, responding to relevant information, and in a *responsible* way, ultimately making a decision that it concludes is in the public interest. These considerations may attenuate any duty that might otherwise exist to meet the expectations of interested parties. While the duty of fairness may require the City to take any legitimate expectations into account, it does not necessarily require the City to fulfil them.

3.3.2 Modification du règlement après l'audience

47 La partie pertinente du Règlement PAO proposé avant la tenue de l'audience désignait le corridor Arbutus comme voie publique pour le transport ferroviaire, le transport en commun et le cyclisme, mais excluait [TRADUCTION] « la circulation des véhicules à moteur, sauf dans les rues de la Ville qui croisent le corridor » (art. 2.1). Après l'audience, le règlement a été révisé afin d'exclure non seulement les véhicules à moteur, mais également un type de système de transport rapide, le « SkyTrain ». Le règlement révisé a été adopté sans autre audience. CP prétend que, en excluant le SkyTrain après l'audience, on a trompé les attentes légitimes le concernant et le public au moment de l'audience pouvait s'attendre à ce que le corridor puisse être utilisé pour le SkyTrain. En fait, le SkyTrain a depuis été affecté à un autre circuit, la ligne Cambie.

48 La question de savoir si la Ville a agi contrairement aux attentes légitimes doit être tranchée dans le contexte de la nature de son pouvoir décisionnel, du régime législatif et du rôle qu'elle joue lorsqu'elle prend une décision dans l'intérêt de l'ensemble de la ville. Le régime législatif autorise la Ville à préparer et réviser des plans d'aménagement (par. 561(1)), à adopter des plans d'aménagement comme PAO (al. 562(1)a)) et à réviser ou modifier les PAO, en tout ou en partie (al. 562(1)b)), sans être obligée de tenir une audience formelle. Le processus décisionnel n'est pas judiciaire mais législatif. Le conseil municipal exerce son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt public. CP avait un intérêt spécial parce qu'elle était propriétaire du terrain visé, mais le règlement avait une incidence beaucoup plus grande, pouvant toucher bien d'autres citoyens privés et publics. La Ville est appelée à exercer son pouvoir de manière *réceptive*, en tenant compte des commentaires pertinents, et de manière *responsable*, en prenant finalement la décision qu'elle juge être dans l'intérêt public. Ces considérations peuvent atténuer l'obligation de répondre aux attentes des parties intéressées qui pourrait exister. Si l'obligation d'équité peut comporter pour la Ville l'obligation de tenir compte de toutes les attentes légitimes, elle ne comporte pas nécessairement celle d'y satisfaire.

49 Viewing the process in this light, I am satisfied that the procedure followed was sufficient to meet the requisites of fair process. The possibility of using the Arbutus Corridor for rapid transit had been discussed over the years. However, this was never a permitted use of the corridor; indeed, the zoning disallowed it. This meant that SkyTrain in the corridor was not an expectation, but a mere possibility. The ODP By-law, in its final form, proposed preserving the corridor for transit uses, but excluded the specific type of above-ground transit known as SkyTrain. Thus, the by-law in its final form merely preserved the *status quo*. CPR may have expected that City Council would not decide what particular transit use would be made of the corridor. However, it should also have expected that SkyTrain might not be allowed on its land. In these circumstances, it is difficult to see how the exclusion of SkyTrain after the hearing amounted to an unfair process, particularly when it is bore in mind that the City had a duty to deal with a complex situation where different interests were at play and the City's ultimate obligation was to act in the interest of the entire public.

50 CPR relies on the City's pre-hearing letter to Arbutus area residents which stated: "Council will not make any decision about specific transit uses along the [corridor] as a result of this Public Hearing." Clearly, this was the City's intention going into the meeting. But matters changed as the process moved forward. At the hearing, many residents expressed concerns about the impact of an elevated train such as SkyTrain on the corridor and on the character of their neighbourhoods. In balancing these concerns with other visions for the future of the corridor, the City ultimately decided to exclude this use. In order to exercise its discretionary powers in a responsive and responsible manner, the City must have the flexibility to respond to developments as the process evolves and new aspects of the problem come to light.

Dans cette perspective, je suis convaincue que la démarche suivie était suffisante pour que les conditions d'une procédure équitable soient respectées. La possibilité d'utiliser le corridor Arbutus pour le transport en commun rapide avait été envisagée au fil des ans. Or, ce type de transport n'a jamais été autorisé dans le corridor; en fait, le zonage l'interdisait. Cela signifie que le passage du SkyTrain dans le corridor n'était pas une attente, mais une simple possibilité. Le Règlement PAO, dans sa version définitive, proposait de conserver le corridor pour le transport en commun, mais excluait le type particulier de transport au-dessus des routes connu sous le nom de SkyTrain. Ainsi, il n'a fait que maintenir le *statu quo*. Il est possible que CP se soit attendue à ce que le conseil de la Ville ne décide pas de l'utilisation particulière qu'elle ferait du corridor pour le transport en commun. Cependant, elle aurait dû s'attendre également à ce que le SkyTrain ne soit pas autorisé sur son terrain. Dans de telles circonstances, il est difficile de voir comment l'exclusion du SkyTrain après l'audience équivalait à une procédure inéquitable, surtout qu'il ne faut pas oublier que la Ville était tenue de régler une situation complexe mettant en jeu des intérêts différents et qu'elle avait l'ultime obligation d'agir dans l'intérêt de l'ensemble du public.

CP invoque la lettre que la Ville a adressée avant l'audience aux résidants du secteur d'Arbutus dans laquelle elle disait [TRADUCTION] : « Le conseil ne prendra aucune décision sur les utilisations particulières en matière de transport en commun le long du corridor à la suite de cette audience publique. » De toute évidence, c'était là l'intention de la Ville jusqu'à la réunion. Mais les choses ont changé en cours de route. À l'audience, de nombreux résidants se sont dits préoccupés par les répercussions qu'un métro aérien comme le SkyTrain pourrait avoir sur le corridor et sur le caractère de leur quartier. Après avoir soupesé ces préoccupations par rapport aux autres visions pour l'avenir du corridor, la Ville a finalement décidé d'exclure cette utilisation. Afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière réceptive et responsable, la Ville doit disposer de la souplesse nécessaire pour réagir aux changements au fur et à mesure de l'évolution du processus et de l'apparition de nouvelles facettes du problème.

CPR suggests that the City's representation may have discouraged attendance at the meeting of Cambie area residents who wanted SkyTrain on the Arbutus Corridor rather than the proposed alternative Cambie Street route. However, as discussed, the ODP By-law as originally drafted raised no expectation that SkyTrain would or could be located on the Arbutus Corridor. It merely provided that the corridor could be used for transportation, including "transit". SkyTrain was but a possibility. Persons interested in having SkyTrain routed down the corridor and wishing to promote that result might logically be expected to attend the hearing to insist that this possibility become a reality.

CP laisse entendre que les observations de la Ville ont pu décourager l'assistance à la réunion des résidants du secteur Cambie, lesquels voulaient que le SkyTrain passe dans le corridor Arbutus, et non pas qu'il suive l'autre trajet proposé, soit celui de la ligne Cambie. Cependant, comme je l'ai mentionné, dans sa version originale le Règlement PAO ne faisait naître aucune attente selon laquelle le SkyTrain passerait ou pourrait passer dans le corridor Arbutus. Il prévoyait simplement que le corridor pourrait servir pour le transport, y compris le « transport en commun ». Le SkyTrain n'était qu'une possibilité. On se serait logiquement attendu à ce que les personnes qui veulent que le SkyTrain suive le corridor et qui désirent promouvoir ce résultat assistent à l'audience pour exiger que cette possibilité devienne réalité. 51

Finally, CPR says that it was prejudiced because, with the choice of the Cambie Street route for SkyTrain, any hopes it had of using its property for rapid transit were dashed for the foreseeable future, even though the ODP By-law technically permits that use: see Southin J.A., at para. 117.

Enfin, CP affirme qu'elle a subi un préjudice parce que, en raison du choix de la ligne Cambie pour le SkyTrain, ses espoirs d'utiliser son bien-fonds pour le transport rapide se trouvaient anéantis pour un avenir prévisible, même si, techniquement, le Règlement PAO permet cette utilisation : voir la juge Southin, par. 117. 52

It is difficult to see how the subsequent decision of the City to choose the Cambie Street route for SkyTrain shows that the City's process with respect to the ODP By-law was unfair. The relevant time to assess prejudice is the time of the hearing. At that time, no choice for the rapid transit route or system had been made. The Arbutus Corridor was still very much a viable route. While the by-law excluded the SkyTrain, other rapid transit methods could have been pursued in the corridor. The subsequent decision to choose SkyTrain and locate it on the Cambie Street route may have ended that possibility for the foreseeable future. But it does not establish that the City breached its duty to treat CPR fairly.

Il est difficile de voir comment la décision subséquente de la Ville quant au choix de la ligne Cambie pour le SkyTrain montre que l'adoption du Règlement PAO est inéquitable. C'est à l'audience que se fait l'appréciation du préjudice. À ce moment-là, aucun choix n'avait été fait quant au système de transport rapide ou au trajet qu'il emprunterait. Le corridor Arbutus représentait encore un itinéraire très viable. Bien que le règlement exclue le SkyTrain, d'autres moyens de transport rapide auraient pu être envisagés pour le corridor. Il est possible que la décision ultérieure d'opter pour le SkyTrain et de lui faire emprunter la ligne Cambie ait mis fin à cette possibilité pour un avenir prévisible. Mais cette décision ne prouve pas que la Ville a manqué à son obligation de traiter CP équitablement. 53

3.3.3 Non-Disclosure Prior to the Public Hearing

CPR complains that the City failed to disclose information to it, violating the City's duty to treat CPR fairly.

3.3.3 Non-communication préalable à l'audience publique

CP se plaint de ce que la Ville ne lui a pas divulgué des renseignements, celle-ci contrevenant ainsi à son obligation de traiter CP équitablement. 54

55 A municipality must provide the proposed by-law and "reports and other documents that are material to the approval, amendment or rejection of the [by-law] by local government" prior to the public hearing (*Pitt Polder Preservation Society v. Pitt Meadows (District)* (2000), 12 M.P.L.R. (3d) 1, 2000 BCCA 415, at para. 54).

56 For the reasons that follow, I conclude that the City's disclosure met this standard. It was entirely consistent with the goal of planning for the future development of the city. The *Vancouver Charter* conferred broad planning powers on the City without procedural requirements. Nevertheless, the City chose to hold a public hearing on the issue of planning for the corridor, and CPR was given sufficient disclosure to allow it to participate meaningfully in that hearing and present its case.

57 CPR complains that written submissions to City Council from the public were not made available to it, nor to those people who attended the public hearing. However, the City made these documents available to the public through the City Clerk's office prior to, and during, the hearing. This is standard practice for public hearings. The documents were also assembled in a binder on a table at the front of the hearing room for review and were summarized by Dr. McAfee at the hearing. This constituted sufficient disclosure.

58 CPR also complains about a letter from Councillor Puil to two citizens which stated: "We are . . . doing extensive research as to how we can acquire [the Arbutus] Corridor without paying 'an arm and a leg' for it." CPR infers from the letter that the City Council wished to put it into a position whereby it would "eventually transfer title to the state at little or no cost". CPR also says it could have used the letter to make inquiries of City staff and as support for its concerns. At best, however, the letter from Councillor Puil represents his views, not those of City Council, the views, moreover, of a councillor who did not even vote on the ODP By-law. The

La municipalité est tenue de fournir, avant l'audience publique, le projet de règlement ainsi que [TRADUCTION] « les rapports et autres documents pertinents pour l'approbation, la modification ou le rejet du règlement par l'administration municipale » (*Pitt Polder Preservation Society c. Pitt Meadows (District)* (2000), 12 M.P.L.R. (3d) 1, 2000 BCCA 415, par. 54).

Pour les motifs qui suivent, je conclus que les documents communiqués par la Ville respectent cette norme. Ils sont entièrement compatibles avec l'objectif de planification de l'aménagement futur de la ville. La Charte de Vancouver a conféré à la Ville de vastes pouvoirs en matière de planification sans lui imposer d'exigences procédurales. Néanmoins, la Ville a décidé de tenir une audience publique sur la planification de l'aménagement du corridor, et les documents transmis à CP étaient suffisants pour permettre à cette dernière de participer utilement à cette audience et de faire valoir ses arguments.

CP se plaint de ce que ni elle ni les personnes ayant assisté à l'audience publique n'ont eu accès aux arguments écrits présentés au conseil de la Ville par le public. Or, avant et pendant l'audience, la Ville a mis ces documents à la disposition du public, qui pouvait les consulter au bureau du secrétaire municipal. Il s'agit d'une pratique courante pour les audiences publiques. Les documents étaient aussi regroupés dans un classeur déposé, pour examen, sur une table à l'avant de la salle d'audience et le D[r] McAfee en a fait le résumé à l'audience. Cela constitue une communication suffisante.

CP se plaint aussi au sujet de la lettre que le conseiller Puil a adressée à deux citoyens, dans laquelle il a déclaré : [TRADUCTION] « Nous [. . .] effectuons des recherches approfondies pour déterminer comment nous pouvons acquérir [le] corridor [Arbutus] sans que ça nous coûte "les yeux de la tête". » CP infère de cette lettre que le conseil de la Ville voulait la placer dans une situation où elle [TRADUCTION] « finirait par lui transférer son titre gratuitement ou à peu de frais ». CP affirme en outre qu'elle aurait pu se servir de la lettre pour se renseigner auprès du personnel de la Ville et appuyer ses préoccupations. Cependant, la lettre

evidence shows that no "research" was undertaken by the City and no "report" prepared, contrary to what the letter suggested. CPR no longer alleges bad faith. It cannot now resurrect such arguments in the guise of fair process.

du conseiller Puil représente au mieux son opinion, et non celle du conseil de la Ville, de surcroît l'opinion d'un conseiller qui n'a même pas voté au sujet du Règlement PAO. Il ressort de la preuve que la Ville n'a effectué aucune « recherche » et préparé aucun « rapport », contrairement à ce que la lettre laissait entendre. CP n'allègue plus la mauvaise foi. Elle ne peut pas maintenant reprendre ces arguments sous le couvert de l'équité procédurale.

CPR also complains that the City failed to disclose a May 23, 2000 report to City Council concerning the City's railway and its impact on the Arbutus Corridor. While the City's desired expansion of its railway would have entailed crossing the northerly portion of CPR's land, no conflict was established between this project and the City's planning for the corridor, which, since at least 1986, had indicated a preference to preserve the corridor for transportation purposes. 59

CP se plaint aussi de ce que la Ville n'a pas divulgué un rapport présenté au conseil de la Ville le 23 mai 2000 au sujet du service ferroviaire de la Ville et de ses répercussions sur le corridor Arbutus. Même si, pour procéder à l'expansion du chemin de fer souhaitée par la Ville, il aurait fallu lui faire traverser la partie nord du terrain de CP, rien n'indique qu'il y ait eu conflit entre ce projet et les projets de planification de la Ville à l'égard du corridor, lesquels indiquaient, depuis au moins 1986, qu'elle préférait le conserver pour le transport.

Finally, CPR complains the City failed to disclose documents related to an investigation by the BC Building Corporation into the prospects of it acquiring the CPR's land for the development of a "guided busway". CPR says that had it been told the facts regarding the BCBC proposal, it would have been able to make a more powerful argument that the ODP By-law was foreclosing options that had drawn provincial interest. 60

Enfin, CP se plaint de ce que la Ville n'a pas divulgué des documents concernant l'enquête effectuée par la BC Building Corporation en vue de l'acquisition du terrain de CP pour l'aménagement d'une « voie réservée aux autobus guidés ». CP affirme que, si elle avait été informée de la proposition de la BCBC, elle aurait pu plaider avec plus de force que le Règlement PAO excluait des possibilités qui avaient suscité l'intérêt de la province.

The relevance of these documents was tenuous. Against CPR's contention that had it known of the "guided busway" option it might have argued that this particular use be included in the ODP By-law, must be weighed the potential for the City's work to be stymied by information requests because the documents at issue were not held by the City and because it was reasonable for the City to infer that CPR already had the BC Building Corporation proposal since the proposal itself referred to discussions with CPR. On balance, the procedure followed by the City was appropriately fair and open. 61

La pertinence de ces documents est faible. Il faut soupeser, d'une part, la prétention de CP que, si elle avait été au courant de l'option concernant la « voie réservée aux autobus guidés », elle aurait peut-être plaidé en faveur de l'inclusion de cette utilisation particulière dans le Règlement PAO et, d'autre part, la possibilité que le travail de la Ville aurait été gêné par les demandes de renseignements parce que la Ville n'avait pas en sa possession les documents visés, et qu'il était raisonnable pour elle d'inférer que CP avait déjà la proposition de BC Building Corporation puisque celle-ci mentionnait des discussions ayant eu lieu avec CP. Tout bien considéré, la procédure suivie par la Ville était suffisamment équitable et transparente.

62 In summary, CPR has not made out a case for declaring the ODP By-law invalid on procedural grounds.

4. Conclusion

63 While one may sympathize with CPR's position, none of its arguments withstand scrutiny. The City did not exceed the powers granted to it by the *Vancouver Charter*. Neither the *Vancouver Charter* nor principles of common law require it to compensate CPR for the ODP By-law's effects on its land. Finally, the City's conduct in enacting the by-law complied with the requirements of fair process.

64 I would therefore dismiss the appeal with costs.

APPENDIX A

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55 (updated to 31 December 1996)

Interpretation

2. In this Act, and in any by-law passed pursuant to this Act, unless the context otherwise requires,

. . .

"**street**" includes public road, highway, bridge, viaduct, lane, and sidewalk, and any other way normally open to the use of the public, but does not include a private right-of-way on private property.

Part VIII – Public Works

Streets and parks vested in city

289. (1) Unless otherwise expressly provided, the real property comprised in every street, park, or public square in the city shall be absolutely vested in fee-simple in the city subject only to section 291A of this Act: Provided that section 5 of the *Highway Act* shall not apply to any street, park, or public square aforesaid; provided further, however, that it shall be

En résumé, la preuve soumise par CP ne permet pas de déclarer le Règlement PAO invalide pour des motifs d'ordre procédural.

4. Conclusion

Bien que la position de CP soit tout à fait compréhensible, aucun des arguments qu'elle a avancés ne résiste à notre examen. La Ville n'a pas outrepassé les pouvoirs que lui a conférés la Charte de Vancouver. Ni la Charte de Vancouver ni les principes de common law n'exigent qu'elle indemnise CP pour les effets du Règlement PAO sur son terrain. Enfin, la conduite que la Ville a adoptée en prenant le règlement est conforme aux exigences de l'équité procédurale.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE A

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55 (mise à jour au 31 décembre 1996)

[TRADUCTION]

Définitions

2. Sauf indication contraire du contexte, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi et à ses règlements :

. . .

« **rue** » Sont notamment visées les voies publiques, autoroutes, ponts, viaducs, ruelles et trottoirs, ainsi que toute autre voie normalement ouverte à la circulation du public. Est exclu de la présente définition le droit de passage privé sur une propriété privée.

Partie VIII — Ouvrages publics

Rues et parcs dévolus à la Ville

289. (1) Sauf disposition expresse contraire, les biens réels se trouvant dans les rues, parcs ou autres places publiques de la ville sont absolument dévolus en fief simple à celle-ci, sous réserve seulement de l'article 291A de la présente loi, à la condition que l'article 5 de la *Highway Act* ne s'applique pas à ces rues, parcs et autres places publiques et que la ville puisse

lawful for the city to acquire from any person rights or easements for street, park, or public square purposes less than the fee-simple, whether on, above, or below the surface of any real property owned by such person.

Part XII — Street Traffic

By-laws for —

317. (1) The Council may make by-laws

Regulating traffic

(a) for regulating pedestrian, vehicular, and other traffic and the stopping and parking of vehicles upon any street or part thereof;

. . .

Part XXVII - Planning and Development

Interpretation

559. In this Part, or in any by-law made thereunder, unless the context otherwise requires,

. . .

"**development**" means a change in the use of any land or building, or the carrying-out of any construction, engineering or other operations in, on, over, or under land or land covered by water;

"**development plan**" means a plan or plans for the future physical development of the city or any part thereof, whether expressed in drawings, reports, or otherwise, and whether complete or partial;

. . .

"**official development plan**" means any development plan, whether complete or partial, which has been adopted under this Part;

. . .

Development plans

561. (1) The Council may have development plans prepared or revised from time to time.

légalement acquérir de quiconque tout droit ou servitude, inférieur au fief simple, pour une rue, un parc ou une place publique, que ce soit à la surface, au sous-sol ou en surplomb de biens réels appartenant à cette personne.

Partie XII — Circulation dans les rues

Règlements :

317. (1) Le conseil peut prendre des règlements :

Régissant la circulation

a) concernant la circulation des piétons, des véhicules et toute autre circulation, ainsi que l'arrêt et le stationnement des véhicules dans les rues ou parties de celles-ci;

. . .

Partie XXVII — Planification et aménagement

Définitions

559. Sauf indication contraire du contexte, les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie et à ses règlements :

« **aménagement** » Modification dans l'utilisation d'un terrain ou d'un bâtiment, ou travaux de construction, d'ingénierie ou autres effectués sur un terrain — immergé ou non — ou à l'intérieur, au-dessus ou en dessous de celui-ci.

. . .

« **plan d'aménagement** » Plan, complet ou partiel, sous forme de dessins, rapports ou autres, visant à orienter l'aménagement physique futur de l'ensemble ou d'une partie du territoire de la ville.

« **plan d'aménagement officiel** » Plan d'aménagement, complet ou partiel, adopté en vertu de la présente partie.

. . .

Plans d'aménagement

561. (1) Le conseil peut, le cas échéant, préparer ou réviser des plans d'aménagement.

(2) A development plan under this section may

(a) relate to the whole city, or to any particular area of the city, or to a specific project or projects within the city;

(b) be altered, added to, or extended;

(c) designate

(i) land for streets, lanes and other public thoroughfares, and for the widening of streets, lanes and other public thoroughfares,

(ii) sites for parks, schools and public buildings, and

(iii) areas for special projects, including projects that require development or redevelopment as a whole.

(3) A development plan under this section must include housing policies of the Council respecting affordable housing, rental housing and special needs housing.

(4) A development plan under this section may include

(a) policies of the Council relating to social needs, social well-being and social development, and

(b) a regional context statement, consistent with the rest of the development plan, of how matters referred to in section 942.12 (2) (a) to (c) of the *Municipal Act*, and other matters dealt with in the development plan, apply in a regional context.

(5) To the extent that a development plan under this section deals with these matters, it should work towards the purpose and goals referred to in section 942.11 of the *Municipal Act*.

Council powers respecting official development plan

562. (1) The Council may, by by-law,

(a) adopt as the official development plan, or as a part of the official development plan,

(2) Le plan d'aménagement visé par la présente disposition peut :

a) se rapporter à l'ensemble de la ville, à un secteur particulier de celle-ci, ou à un ou plusieurs projets précis situés sur son territoire;

b) faire l'objet d'une modification, d'un ajout ou d'une extension;

c) désigner :

(i) des terrains comme rues, ruelles ou autres voies publiques, ou comme servant à leur élargissement;

(ii) des emplacements comme parcs, écoles ou bâtiments publics;

(iii) des secteurs pour des projets spéciaux, notamment des projets nécessitant un aménagement ou réaménagement global;

(3) Il doit comporter les politiques de logement du conseil en matière de logement abordable, de logement locatif et de logement adapté.

(4) Il peut comporter :

a) les politiques du conseil en matière de besoins sociaux, de bien-être collectif et de développement social;

b) un énoncé de contexte régional, compatible avec l'ensemble du plan d'aménagement, expliquant comment les questions mentionnées aux alinéas 942.12 (2) a) à c) de la *Municipal Act* et les autres questions abordées dans le plan d'aménagement s'appliquent dans un contexte régional.

(5) Dans la mesure où il traite de ces questions, il doit être orienté vers la réalisation des objectifs et buts mentionnés à l'article 942.11 de la *Municipal Act*.

Pouvoirs municipaux en matière de plan d'aménagement officiel

562. (1) Le conseil peut, par règlement :

a) adopter comme plan d'aménagement officiel ou partie du plan d'aménagement

any development plan prepared under section 561, or

(b) revise or amend the official development plan or any part of the official development plan.

. . .

Undertakings, official development plan

563. (1) The adoption by Council of a development plan shall not commit the Council to undertake any of the developments shown on the plan.

(2) The Council shall not authorize, permit, or undertake any development contrary to or at variance with the official development plan.

(3) It shall be unlawful for any person to commence or undertake any development contrary to or at variance with the official development plan.

Power to acquire lands in addition to those essential to project

564. (1) Where a project is shown upon an official development plan, the Council may acquire any real property it considers essential to the carrying-out of the project, and in addition acquire other adjacent or neighbouring real property. . . .

. . .

Amendment or repeal of zoning by-law

566. (1) The Council shall not make, amend, or repeal a zoning by-law until it has held a public hearing thereon, and an application for rezoning shall be treated as an application to amend a zoning by-law.

. . .

Property injuriously affected

569. (1) Where a zoning by-law is or has been passed, amended, or repealed under this Part, or where Council or any inspector or official of the city or any board constituted under this

officiel tout plan d'aménagement préparé en vertu de l'article 561;

b) réviser ou modifier le plan d'aménagement officiel, en tout ou en partie.

. . .

Entreprises, plan d'aménagement officiel

563. (1) L'adoption par le conseil d'un plan d'aménagement ne l'engage pas quant à la mise en œuvre des aménagements figurant dans ce plan.

(2) Le conseil ne peut autoriser, permettre ou entreprendre un aménagement contraire au plan d'aménagement officiel ou incompatible avec lui.

(3) Commet un acte illégal quiconque entreprend un aménagement contraire au plan d'aménagement officiel ou incompatible avec lui.

Pouvoir d'acquérir des terrains en plus des pouvoirs essentiels au projet

564. (1) Lorsque le plan d'aménagement officiel indique un projet, le conseil peut acquérir tout bien-fonds qu'il juge essentiel à la mise en œuvre de celui-ci ainsi que tout bien-fonds adjacent ou avoisinant. . .

. . .

Modification ou abrogation d'un règlement de zonage

566. (1) Le conseil ne peut prendre, modifier ou abroger un règlement de zonage avant de tenir une audience publique à ce sujet, et toute demande de rezonage doit être considérée comme une demande de modification de règlement de zonage.

. . .

Biens ayant subi un préjudice

569. (1) Lorsqu'un règlement de zonage est ou a été pris, modifié ou abrogé en vertu de la présente partie, ou lorsque le conseil, un inspecteur ou un représentant municipal, ou toute

Act exercises any of the powers contained in this Part, any property thereby affected shall be deemed as against the city not to have been taken or injuriously affected by reason of the exercise of any such powers or by reason of such zoning and no compensation shall be payable by the city or any inspector or official thereof.

APPENDIX B

Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, c. 125

Definitions

1 In this Act:

. . .

"**expropriate**" means the taking of land by an expropriating authority under an enactment without the consent of the owner, but does not include the exercise by the government of any interest, right, privilege or title referred to in section 50 of the *Land Act*;

"**expropriating authority**" means a person, including the government, empowered under an enactment to expropriate land;

. . .

Application

2 (1) If an expropriating authority proposes to expropriate land, this Act applies to the expropriation, and, if there is an inconsistency between any of the provisions of this Act and any other enactment respecting the expropriation, the provisions of this Act apply.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

commission constituée sous le régime de la présente loi, exerce un des pouvoirs prévus à la présente partie, tout bien-fonds ainsi visé est réputé, en ce qui concerne la ville, ne pas avoir fait l'objet d'une appropriation ni avoir subi de préjudice en raison de l'exercice de l'un de ces pouvoirs ou en raison de ce zonage, et aucune indemnité ne peut être versée par la ville, ses inspecteurs ou ses représentants.

ANNEXE B

Expropriation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 125

[TRADUCTION]

Définitions

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi :

. . .

« **autorité expropriante** » Toute personne, y compris le gouvernement, qu'une loi autorise à exproprier un bien-fonds.

« **exproprier** » Appropriation d'un bien-fonds par l'autorité expropriante en vertu d'une loi, sans le consentement du propriétaire. Est exclu de la présente définition le fait pour le gouvernement de se prévaloir de tout intérêt, droit, privilège ou titre mentionné à l'article 50 de la *Land Act*.

. . .

Demande

2 (1) La présente loi s'applique dans tous les cas où l'autorité expropriante se propose d'exproprier un bien-fonds, et ses dispositions l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi concernant l'expropriation.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the interveners: Hunter Voith, Vancouver.

Procureurs des intervenants : Hunter Voith, Vancouver.

Balvir Singh Multani and Balvir Singh Multani, in his capacity as tutor to his minor son Gurbaj Singh Multani *Appellants*

v.

Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

World Sikh Organization of Canada, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Human Rights Commission and Ontario Human Rights Commission *Interveners*

INDEXED AS: MULTANI *v.* COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS

Neutral citation: 2006 SCC 6.

File No.: 30322.

2005: April 12; 2006: March 2.

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Wearing of kirpan at school — Council of commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limit — Law — Administrative decision — Infringement of guaranteed right resulting from decision of administrative body acting pursuant to its enabling statute — Whether infringement limit prescribed by "law"

* Major J. took no part in the judgment.

Balvir Singh Multani et Balvir Singh Multani, en sa qualité de tuteur à son fils mineur Gurbaj Singh Multani *Appelants*

c.

Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys et procureur général du Québec *Intimés*

et

World Sikh Organization of Canada, Association canadienne des libertés civiles, Commission canadienne des droits de la personne et Commission ontarienne des droits de la personne *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : MULTANI *c.* COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS

Référence neutre : 2006 CSC 6.

N° du greffe : 30322.

2005 : 12 avril; 2006 : 2 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Port du kirpan à l'école — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école — Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite raisonnable — Règle de droit — Décision administrative — Atteinte à un droit garanti découlant d'une décision d'un organisme administratif agissant conformément à sa loi habilitante — Cette atteinte est-elle une restriction

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

within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Administrative law — Judicial review — Compliance of administrative decision with requirements of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Council of commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing student's freedom of religion — Appropriate approach for reviewing decision — Relationship between administrative law and constitutional law.

G and his father B are orthodox Sikhs. G believes that his religion requires him to wear a kirpan at all times; a kirpan is a religious object that resembles a dagger and must be made of metal. In 2001, G accidentally dropped the kirpan he was wearing under his clothes in the yard of the school he was attending. The school board sent G's parents a letter in which, as a reasonable accommodation, it authorized their son to wear his kirpan to school provided that he complied with certain conditions to ensure that it was sealed inside his clothing. G and his parents agreed to this arrangement. The governing board of the school refused to ratify the agreement on the basis that wearing a kirpan at the school violated art. 5 of the school's *Code de vie* (code of conduct), which prohibited the carrying of weapons. The school board's council of commissioners upheld that decision and notified G and his parents that a symbolic kirpan in the form of a pendant or one in another form made of a material rendering it harmless would be acceptable in the place of a real kirpan. B then filed in the Superior Court a motion for a declaratory judgment to the effect that the council of commissioners' decision was of no force or effect. The Superior Court granted the motion, declared the decision to be null, and authorized G to wear his kirpan under certain conditions. The Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment. After deciding that the applicable standard of review was reasonableness *simpliciter*, the Court of Appeal restored the council of commissioners' decision. It concluded that the decision in question infringed G's freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and s. 3 of Quebec's *Charter of human rights and freedoms* ("*Quebec Charter*"), but that the infringement was justified for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

Held: The appeal should be allowed. The decision of the Court of Appeal should be set aside and the decision of the council of commissioners should be declared to be null.

par une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Conformité d'une décision administrative aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école — Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'élève? — Approche appropriée pour réviser cette décision — Rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel.

G et son père B sont de religion sikhe orthodoxe. G croit que sa religion requiert qu'il porte en tout temps un kirpan, objet religieux qui ressemble à un poignard et doit être fait de métal. En 2001, G échappe accidentellement dans la cour de l'école qu'il fréquente le kirpan qu'il portait sous ses vêtements. La Commission scolaire fait parvenir aux parents de G une lettre permettant, à titre d'accommodement raisonnable, à leur fils de porter son kirpan à l'école si certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements sont respectées. G et ses parents acceptent cet arrangement. Le conseil d'établissement de l'école refuse d'entériner l'entente, pour le motif que le port du kirpan à l'école contrevient à l'art. 5 du Code de vie de l'école qui prohibe le port d'armes. Le conseil des commissaires de la Commission scolaire maintient la décision et avise G et ses parents qu'un kirpan symbolique sous forme de pendentif ou sous une autre forme, qui serait fabriqué dans un matériau qui le rendrait inoffensif, serait accepté au lieu d'un véritable kirpan. B dépose alors devant la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire afin de faire déclarer inopérante la décision du conseil des commissaires. La Cour supérieure accueille la requête, prononce la nullité de la décision, et permet à G de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions. La Cour d'appel infirme ce jugement. Après avoir retenu la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, la Cour d'appel rétablit la décision du conseil des commissaires. Elle conclut que cette décision porte atteinte à la liberté de religion de G garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (« *Charte québécoise* »), mais que cette atteinte est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et la décision du conseil des commissaires est déclarée nulle.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Fish and Charron JJ.: In the case at bar, it is the compliance of the commissioners' decision with the requirements of the *Canadian Charter* that is central to the dispute, not the decision's validity from the point of view of administrative law. There is no suggestion that the council of commissioners did not have jurisdiction, from an administrative law standpoint, to approve the *Code de vie*. Nor is the administrative and constitutional validity of the rule against carrying weapons in issue. Since the complaint is based entirely on freedom of religion, the Court of Appeal erred in applying the reasonableness standard to its constitutional analysis. The administrative law standard of review was not relevant. [18-20]

The *Canadian Charter* applies to the decision of the council of commissioners, despite the decision's individual nature. Any infringement of a guaranteed right that results from the actions of a decision maker acting pursuant to its enabling statute is also a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1. Where the legislation pursuant to which an administrative body has made a contested decision confers a discretion and does not confer, either expressly or by implication, the power to limit the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter*, the decision should, if there is an infringement, be subjected to the test set out in s. 1 to ascertain whether it constitutes a reasonable limit. [22-23]

In the instant case, the Court does not at the outset have to reconcile two constitutional rights, as only freedom of religion is in issue here. However, that freedom is not absolute and can conflict with other constitutional rights. Since the test governing limits on rights was developed in *Oakes*, the Court has never called into question the principle that rights are reconciled through the constitutional justification required by s. 1 of the *Canadian Charter*. Since the decision genuinely affects both parties and was made by an administrative body exercising statutory powers, a contextual analysis under s. 1 will make it possible to balance the relevant competing values in a more comprehensive manner. [29-30]

The council of commissioners' decision prohibiting G from wearing his kirpan to school infringes his freedom of religion. G genuinely believes that he would not be complying with the requirements of his religion were he to wear a plastic or wooden kirpan, and none of the parties have contested the sincerity of his belief. The interference with G's freedom of religion is neither

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Fish et Charron : Dans la présente affaire, c'est la conformité de la décision des commissaires avec les exigences de la *Charte canadienne* qui est au cœur du litige, non sa validité du point de vue du droit administratif. Nul ne prétend que le conseil des commissaires n'avait pas compétence, sur le plan du droit administratif, d'approuver le Code de vie. De plus, la validité, tant administrative que constitutionnelle, de la règle prohibant le port d'armes n'est pas contestée. Puisque la plainte repose entièrement sur la liberté de religion, la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à son analyse constitutionnelle. La norme de contrôle de droit administratif n'était pas pertinente. [18-20]

La *Charte canadienne* s'applique à la décision du conseil des commissaires, nonobstant le caractère individuel de cette décision. Toute atteinte à un droit garanti qui découle des actes d'un décideur agissant conformément à sa loi habilitante est aussi une restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier. Lorsque le texte législatif en vertu duquel un organisme administratif a rendu une décision contestée confère un pouvoir discrétionnaire et ne prévoit pas de façon explicite ou implicite le pouvoir de restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, il y a lieu, en cas de violation, de soumettre cette décision au test énoncé à l'article premier afin de déterminer si elle constitue une limite raisonnable. [22-23]

En l'espèce, la Cour n'est pas appelée à réconcilier, d'entrée de jeu, deux droits constitutionnels, seule la liberté de religion étant invoquée. Cependant, cette liberté n'est pas absolue et peut entrer en conflit avec d'autres droits constitutionnels. Depuis l'élaboration dans l'arrêt *Oakes* du critère encadrant la restriction des droits, la Cour n'a pas remis en question qu'en principe, les droits sont conciliés au regard de la justification constitutionnelle que commande l'article premier de la *Charte canadienne*. Étant donné que la décision affecte véritablement chacune des parties et qu'il s'agit d'une décision rendue par un organisme administratif dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, une analyse contextuelle fondée sur l'article premier permettra de soupeser de façon plus complète les valeurs opposées pertinentes. [29-30]

La décision du conseil des commissaires interdisant à G de porter son kirpan à l'école porte atteinte à sa liberté de religion. G croit véritablement qu'un kirpan de plastique ou de bois ne lui permettrait pas de se conformer aux exigences de sa religion, et aucune des parties au litige n'a contesté la sincérité de cette croyance. L'entrave à la liberté de religion de G est plus que

trivial nor insignificant, as it has deprived him of his right to attend a public school. The infringement of G's freedom of religion cannot be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. Although the council's decision to prohibit the wearing of a kirpan was motivated by a pressing and substantial objective, namely to ensure a reasonable level of safety at the school, and although the decision had a rational connection with the objective, it has not been shown that such a prohibition minimally impairs G's rights. [2] [38-41] [44] [48] [77]

The analogy with the duty of reasonable accommodation is helpful to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to an individual. In the circumstances of the instant case, the decision to establish an absolute prohibition against wearing a kirpan does not fall within a range of reasonable alternatives. The arguments in support of such a prohibition must fail. The risk of G using his kirpan for violent purposes or of another student taking it away from him is very low, especially if the kirpan is worn under conditions such as were imposed by the Superior Court. It should be added that G has never claimed a right to wear his kirpan to school without restrictions. Furthermore, there are many objects in schools that could be used to commit violent acts and that are much more easily obtained by students, such as scissors, pencils and baseball bats. The evidence also reveals that not a single violent incident related to the presence of kirpans in schools has been reported. Although it is not necessary to wait for harm to be done before acting, the existence of concerns relating to safety must be unequivocally established for the infringement of a constitutional right to be justified. Nor does the evidence support the argument that allowing G to wear his kirpan to school could have a ripple effect. Lastly, the argument that the wearing of kirpans should be prohibited because the kirpan is a symbol of violence and because it sends the message that using force is necessary to assert rights and resolve conflict is not only contradicted by the evidence regarding the symbolic nature of the kirpan, but is also disrespectful to believers in the Sikh religion and does not take into account Canadian values based on multiculturalism. Religious tolerance is a very important value of Canadian society. If some students consider it unfair that G may wear his kirpan to school while they are not allowed to have knives in their possession, it is incumbent on the schools to discharge their obligation to instil in their students this value that is at the very foundation of our democracy. A total prohibition against wearing a kirpan to school undermines the value of this religious symbol and sends students the message that some religious practices do not merit the same protection as others. Accommodating G and

négligeable ou insignifiante, puisqu'elle prive celui-ci de son droit de fréquenter l'école publique. L'atteinte à la liberté de religion de G ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Bien que la décision du conseil de prohiber le port du kirpan poursuive un objectif urgent et réel, soit d'assurer un niveau de sécurité raisonnable à l'école, et que cette décision ait un lien rationnel avec l'objectif, il n'a pas été démontré qu'une telle prohibition constitue une atteinte minimale aux droits de G. [2] [38-41] [44] [48] [77]

L'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable est utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu. Dans le présent contexte, la décision de prohiber d'une façon absolue le port du kirpan ne se situe pas à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables. Les arguments invoqués à l'appui d'une telle prohibition ne peuvent être retenus. Le risque que G utilise son kirpan à des fins violentes ou qu'un autre élève s'en empare est très improbable, surtout lorsque le port du kirpan est soumis à des conditions comme celles imposées par la Cour supérieure. G n'a d'ailleurs jamais revendiqué le droit de porter son kirpan à l'école sans aucune restriction. De plus, les écoles contiennent une foule d'objets susceptibles de servir à commettre des actes de violence et beaucoup plus faciles d'accès aux élèves, par exemple des ciseaux, des crayons, des bâtons de baseball. La preuve révèle également qu'aucun fait violent relié à la présence de kirpans dans les écoles n'a été signalé. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'attendre pour agir qu'un préjudice ait été causé, l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité doit être solidement établie pour qu'il soit justifié de porter atteinte à un droit constitutionnel. La preuve n'étaye pas non plus la prétention voulant que de permettre à G de porter son kirpan à l'école pourrait avoir un effet d'entraînement. Enfin, la prétention selon laquelle le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du kirpan, mais est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikhe et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme. La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que G puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie. La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le

allowing him to wear his kirpan under certain conditions demonstrates the importance that our society attaches to protecting freedom of religion and to showing respect for its minorities. The deleterious effects of a total prohibition thus outweigh its salutary effects. [51-54] [57-59] [67-71] [76] [79]

Given that G no longer attends his school, the appropriate and just remedy is to declare the decision prohibiting him from wearing his kirpan to be null. [82]

Per Deschamps and Abella JJ.: Recourse to a constitutional law justification is not appropriate where, as in this case, what must be assessed is the propriety of an administrative body's decision relating to human rights. Whereas a constitutional justification analysis must be carried out when reviewing the validity or enforceability of a norm such as a law, regulation or other similar rule of general application, the administrative law approach must be retained for reviewing decisions and orders made by administrative bodies. Basing the analysis on the principles of administrative law not only averts the problems that result from blurring the distinction between the principles of constitutional justification and the principles of administrative law, but also prevents the impairment of the analytical tools developed specifically for each of these fields. In addition, this approach allows parties and administrative bodies to know in advance which rules govern disputes involving human rights issues. [85] [103] [125]

Simply alleging that a s. 1 analysis is required does not make administrative law inapplicable. If an administrative body makes a decision or order that is said to conflict with fundamental values, the mechanisms of administrative law — including the standard of review — are readily available. It is difficult to conceive of an administrative decision being permitted to stand if it violates the *Canadian Charter*. [86] [93] [128]

A decision or order made by an administrative body cannot be equated with a "law" within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter*. The expression "law" used in s. 1 naturally refers to a norm or rule of general application. The *Oakes* test, which was developed to assess legislative policies, is based on the duty of the executive and legislative branches of government to account to the courts for any rules they establish that infringe protected rights. That test, which is based on an analysis of societal interests, is better suited, conceptually and

message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Prendre une mesure d'accommodement en faveur de G et lui permettre de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent. Les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassent donc ses effets bénéfiques. [51-54] [57-59] [67-71] [76] [79]

Étant donné que G ne fréquente plus son école, la réparation convenable et juste consiste à déclarer nulle la décision lui prohibant de porter son kirpan. [82]

Les juges Deschamps et Abella : Le recours à la justification constitutionnelle n'est pas approprié lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'évaluer la validité d'une décision rendue par un organisme administratif mettant en cause des droits de la personne. Alors que la justification constitutionnelle s'impose lorsqu'il s'agit de contrôler la validité ou l'opposabilité d'une norme comme une loi, un règlement, ou une autre règle d'application générale de cette nature, la grille du droit administratif doit être préservée pour la révision des décisions et ordonnances des organismes administratifs. Le choix de l'analyse fondée sur les règles du droit administratif permet non seulement d'éviter les difficultés inhérentes à la confusion des règles de la justification constitutionnelle et de celles du droit administratif, mais aussi de préserver les outils spécifiques développés dans chacun des domaines. Cette approche permet également aux parties et aux organismes administratifs de connaître d'avance les règles qui régissent les conflits touchant les droits de la personne. [85] [103] [125]

Le simple fait d'alléguer qu'une analyse en vertu de l'article premier est requise n'a pas pour effet d'écarter le recours au droit administratif. Si un organisme administratif rend une décision ou une ordonnance qui irait à l'encontre des valeurs fondamentales, les mécanismes du droit administratif — dont la norme de contrôle — sont suffisants. Il est d'ailleurs difficile de concevoir qu'une décision administrative puisse être maintenue si elle enfreint la *Charte canadienne*. [86] [93] [128]

On ne peut assimiler une décision ou ordonnance d'un organisme administratif à une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. L'expression « règle de droit » dont il est question à cet article s'entend naturellement d'une norme ou règle d'application générale. Le test de l'arrêt *Oakes*, qui a été conçu pour évaluer les politiques législatives, est fondé sur l'obligation du pouvoir exécutif ou législatif de rendre compte devant les tribunaux des règles qu'il impose et qui portent atteinte aux droits protégés. Ce

literally, to the concept of "prescribed by law". The duty to account imposed — conceptually and in practice — on the legislative and executive branches is not easily applied to administrative tribunals. [112-113] [119-121]

Lastly, even if the concepts of reasonable accommodation and minimal impairment have a number of similarities, they belong to two different analytical categories. On the one hand, the process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties. The justification of minimal impairment, on the other hand, is based on societal interests. An administrative law analysis is microcosmic, whereas a constitutional law analysis is generally macrocosmic. These separate streams — public versus individual — should be kept distinct. [129-134]

In the instant case, it is the standard of reasonableness that applies to the decision of the school board's council of commissioners. The council did not sufficiently consider either the right to freedom of religion or the proposed accommodation measure. It merely applied literally the *Code de vie* in effect at the school. By disregarding the right to freedom of religion without considering the possibility of a solution that posed little or no risk to the safety of the school community, the council made an unreasonable decision. [99]

Per LeBel J.: It is not always necessary to resort to the *Canadian Charter* or, in the case of Quebec, the *Quebec Charter* when a decision can be reached by applying general administrative law principles or the specific rules governing the exercise of a delegated power. However, the dispute as presented makes a constitutional analysis unavoidable. Where a decision is contested on the basis that the administrative body's exercise of the delegated power is vitiated by the violation of a fundamental right, the only way to determine whether the infringement of the constitutional standard is justified is to consider the fundamental rights in issue and how they have been applied. Where the exercise of such a power has an impact on the relationship between competing constitutional rights, those rights can be reconciled in two ways. The first approach involves defining the rights and how they relate to each other, and the second consists of justification under s. 1 of the *Canadian Charter*. In the case at bar, the first approach can be dispensed with, as the evidence does not show a *prima facie* infringement of the right to security of the person. It is therefore necessary to turn to

test, qui repose sur une analyse des intérêts sociaux, convient davantage, conceptuellement et littéralement, à la notion de « règle de droit ». Tant d'un point de vue conceptuel que pratique, l'obligation de rendre compte faite au pouvoir législatif ou exécutif ne peut être transférée sans heurts au tribunal administratif. [112-113] [119-121]

Enfin, même si les notions d'accommodement raisonnable et d'atteinte minimale comportent plusieurs similitudes, elles appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes. D'une part, le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer. La justification de l'atteinte minimale, d'autre part, repose sur l'intérêt général de la société. L'analyse propre au droit administratif est microcosmique alors que celle du droit constitutionnel est généralement macrocosmique. Les deux niveaux d'évaluation, public et individuel, devraient demeurer distincts. [129-134]

En l'espèce, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à la décision du conseil des commissaires de la Commission scolaire. Le conseil n'a examiné suffisamment ni le droit à la liberté de religion ni l'accommodement proposé. Il s'est contenté d'appliquer aveuglément le Code de vie en vigueur à l'école. En faisant abstraction du droit à la liberté de religion sans étudier les solutions de rechange qui ne posaient que peu ou pas de risques pour la sécurité dans l'école, le conseil a rendu une décision déraisonnable. [99]

Le juge LeBel : Il n'est pas nécessaire, en toute occasion, de recourir à l'application de la *Charte canadienne* ou, dans le cas du Québec, de la *Charte québécoise*, lorsque l'application des principes généraux du droit administratif ou des règles particulières encadrant l'exercice d'un pouvoir délégué peut résoudre l'affaire. Cependant le litige, tel qu'il a été présenté, ne permet pas de faire l'économie de l'analyse constitutionnelle. Lorsqu'on attaque une décision en prétendant que l'exercice par l'organisme administratif du pouvoir délégué est vicié du fait de la violation d'un droit fondamental, seule une analyse des droits fondamentaux en cause et de la manière dont ils ont été mis en œuvre permet de déterminer si la violation de la norme constitutionnelle est justifiée. Si l'exercice d'un tel pouvoir met en cause les rapports entre des droits constitutionnels concurrents, la conciliation de ces droits peut se réaliser de deux façons. La première approche consisterait à intervenir au niveau de la définition des droits et de leur corrélation, la seconde à s'en remettre à la justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire

justification under s. 1. In the case of an individualized decision made pursuant to statutory authority, it may be possible to dispense with certain steps of the analysis. The existence of a statutory authority that is not itself challenged makes it pointless to review the objectives of the act. The issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right, having regard to the context in which the right has been infringed. Reasonable accommodation that would meet the requirements of the constitutional standard must be considered at this stage and in this context. In the case at bar, the school board has not shown that its prohibition was justified and met the constitutional standard. [141-144] [153-155]

Cases Cited

By Charron J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **distinguished:** *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47; **considered:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; **referred to:** *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Multani (Tuteur de) v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2002] Q.J. No. 619 (QL); *Pandori v. Peel Bd. of Education* (1990), 12 C.H.R.R. D/364, aff'd (1991), 3 O.R. (3d) 531 (*sub nom. Peel Board of Education v. Ontario Human Rights Commission*); *Hothi v. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256, aff'd [1986] 3 W.W.R. 671; *Nijjar v.*

d'employer la première méthode, la preuve ne révélant pas d'atteinte *prima facie* au droit à la sécurité des personnes. Il faut donc recourir à la justification en vertu de l'article premier. Dans le cas d'une décision individualisée, prise en vertu d'un pouvoir d'origine législative, on pourrait faire l'économie de certaines étapes de l'analyse. L'existence d'une autorisation législative qui n'est pas elle-même attaquée rend inutile l'examen des objectifs de l'acte. La question se réduit à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti, compte tenu du contexte dans lequel survient l'atteinte à ce droit. C'est à cette étape et dans ce contexte que se situe l'examen de l'accommodement raisonnable qui satisferait aux exigences de la norme constitutionnelle. En l'espèce, la Commission scolaire n'a pas réussi à démontrer que son interdiction était justifiée et respectait la norme constitutionnelle. [141-144] [153-155]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **distinction d'avec les arrêts :** *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47; **arrêts examinés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; **arrêts mentionnés :** *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Multani (Tuteur de) c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2002] J.Q. n° 619 (QL); *Pandori c. Peel Bd. of Education* (1990), 12 C.H.R.R. D/364, conf. par (1991), 3 O.R. (3d) 531 (*sub nom. Peel Board of Education c. Ontario Human Rights Commission*); *Hothi c. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256, conf. par [1986] 3

Canada 3000 Airlines Ltd. (1999), 36 C.H.R.R. D/76; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393.

By Deschamps and Abella JJ.

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *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.

By LeBel J.

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R 835.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 15, 24(1).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1, 10.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1460.

W.W.R. 671; *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée* (1999), 36 C.H.R.R. D/76; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393.

Citée par les juges Deschamps et Abella

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *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.

Citée par le juge LeBel

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 15, 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1, 10.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1460.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 453.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Education Act, R.S.Q., c. I-13.3, ss. 12, 76.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 3, *Les chartes*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
Garant, Patrice. *Droit scolaire*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
Mendes, Errol. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005, 165.
Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration: De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.
Pinard, Danielle. "Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*" (1992), 1 *N.J.C.L.* 79.
Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2001, "*loi*", "*règle*".
Woehrling, José. "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier and Rochon JJ.A. and Lemelin J. (*ad hoc*)), [2004] R.J.Q. 824, 241 D.L.R. (4th) 336, 12 Admin. L.R. (4th) 233, [2004] Q.J. No. 1904 (QL), reversing a judgment of Grenier J., [2002] Q.J. No. 1131 (QL). Appeal allowed.

Julius H. Grey, Lynne-Marie Casgrain, Elisabeth Goodwin and *Jean Philippe Desmarais*, for the appellants.

François Aquin and *Carla Chamass*, for the respondent Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys.

René Bourassa and *Hugo Jean*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 453.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., ch. I-13.3, art. 12, 76.

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 3, *Les chartes*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
Garant, Patrice. *Droit scolaire*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
Mendes, Errol. « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005, 165.
Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration : De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.
Pinard, Danielle. « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* » (1992), 1 *N.J.C.L.* 79.
Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « loi », « règle ».
Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier et Rochon et la juge Lemelin (*ad hoc*)), [2004] R.J.Q. 824, 241 D.L.R. (4th) 336, 12 Admin. L.R. (4th) 233, [2004] J.Q. nº 1904 (QL), qui a infirmé une décision de la juge Grenier, [2002] J.Q. nº 1131 (QL). Pourvoi accueilli.

Julius H. Grey, Lynne-Marie Casgrain, Elisabeth Goodwin et *Jean Philippe Desmarais*, pour les appelants.

François Aquin et *Carla Chamass*, pour l'intimée la Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys.

René Bourassa et *Hugo Jean*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Palbinder K. Shergill, for the intervener the World Sikh Organization of Canada.

Mahmud Jamal and *Patricia McMahon*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Philippe Dufresne, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Raj Dhir and *Anthony D. Griffin*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Fish and Charron JJ. delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

This appeal requires us to determine whether the decision of a school board's council of commissioners prohibiting one of the students under its jurisdiction from wearing a kirpan to school as required by his religion infringes the student's freedom of religion. If we find that it does, we must determine whether that infringement is a reasonable limit that can be justified by the need to maintain a safe environment at the school.

As I will explain below, I am of the view that an absolute prohibition against wearing a kirpan infringes the freedom of religion of the student in question under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). The infringement cannot be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*, since it has not been shown that such a prohibition minimally impairs the student's rights. The decision of the council of commissioners must therefore be declared a nullity.

2. Facts

The appellant Balvir Singh Multani and his son Gurbaj Singh Multani are orthodox Sikhs. Gurbaj Singh, born in 1989, has been baptized and

Palbinder K. Shergill, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

Mahmud Jamal et *Patricia McMahon*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Philippe Dufresne, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Raj Dhir et *Anthony D. Griffin*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Fish et Charron a été rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

Il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer si la décision d'un conseil des commissaires interdisant à un des élèves relevant de ce conseil de porter un kirpan à l'école, tel que le requiert sa religion, porte atteinte à la liberté de religion de cet élève. Dans l'affirmative, il faut se demander si cette atteinte constitue une limite raisonnable pouvant être justifiée par le besoin de maintenir un environnement sécuritaire à cette école. 1

Comme je l'expliquerai plus loin, je suis d'avis que la prohibition absolue de porter le kirpan porte atteinte à la liberté de religion garantie à l'élève concerné par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Cette atteinte ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, car il n'a pas été démontré qu'une telle prohibition constitue une atteinte minimale aux droits de cet élève. La décision du conseil des commissaires doit donc être déclarée nulle. 2

2. Faits

L'appelant, Balvir Singh Multani, et son fils, Gurbaj Singh Multani, sont de religion sikhe orthodoxe. Gurbaj Singh, né en 1989, est baptisé et croit 3

believes that his religion requires him to wear a kirpan at all times; a kirpan is a religious object that resembles a dagger and must be made of metal. On November 19, 2001, Gurbaj Singh accidentally dropped the kirpan he was wearing under his clothes in the yard of the school he was attending, École Sainte-Catherine-Labouré. On December 21, 2001, the school board, the Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys ("CSMB"), through its legal counsel, sent Gurbaj Singh's parents a letter in which, as a [TRANSLATION] "reasonable accommodation", it authorized their son to wear his kirpan to school provided that he complied with certain conditions to ensure that it was sealed inside his clothing. Gurbaj Singh and his parents agreed to this arrangement.

4 In a resolution passed on February 12, 2002, the school's governing board refused to ratify the agreement on the basis that wearing a kirpan at the school violated art. 5 of the school's *Code de vie* (code of conduct), which prohibited the carrying of weapons and dangerous objects. For the purposes of this case, it is not in dispute that the governing board had, pursuant to the authority granted to it under s. 76 of the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, approved the *Code de vie*, which imposed certain rules of conduct.

5 On March 19, 2002, based on a unanimous recommendation by a review committee to which a request by the Multanis to reconsider the governing board's decision had been referred, the CSMB's council of commissioners upheld that decision. The council of commissioners also notified the Multanis that a symbolic kirpan in the form of a pendant or one in another form made of a material rendering it harmless would be acceptable in the place of a real kirpan.

6 On March 25, 2002, Balvir Singh Multani, personally and in his capacity as tutor to his son Gurbaj Singh, filed in the Superior Court, under art. 453 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, and s. 24(1) of the *Canadian Charter*, a motion for a declaratory judgment together with an application for an interlocutory injunction. In his motion, Mr. Multani asked the court to declare that the council

que sa religion requiert qu'il porte en tout temps un kirpan, objet religieux qui ressemble à un poignard et doit être fait de métal. Le 19 novembre 2001, Gurbaj Singh échappe accidentellement dans la cour de l'école qu'il fréquente, Sainte-Catherine-Labouré, le kirpan qu'il portait sous ses vêtements. Le 21 décembre 2001, la Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys (« CSMB »), par l'entremise de son conseiller juridique, fait parvenir aux parents de Gurbaj Singh une lettre permettant, à titre d'« accommodement raisonnable », à leur fils de porter son kirpan à l'école si certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements sont respectées. Gurbaj Singh et ses parents acceptent cet arrangement.

Par résolution adoptée le 12 février 2002, le conseil d'établissement de l'école refuse d'entériner l'entente, pour le motif que le port du kirpan à l'école contrevient à l'art. 5 du Code de vie de l'école qui prohibe le port d'armes et d'objets dangereux. Pour les besoins du présent débat, il n'est pas contesté que, en vertu du pouvoir conféré par l'art. 76 de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3, le conseil d'établissement avait déjà approuvé le Code de vie imposant certaines règles de conduite.

Le 19 mars 2002, s'appuyant sur la recommandation unanime du comité de révision saisi d'une demande de réexamen de la part des Multani, le conseil des commissaires de la CSMB maintient la décision du conseil d'établissement. Le conseil des commissaires avise de plus les Multani qu'un kirpan symbolique sous forme de pendentif ou sous une autre forme, qui serait fabriqué dans un matériau qui le rendrait inoffensif, serait accepté au lieu d'un véritable kirpan.

Le 25 mars 2002, Balvir Singh Multani, personnellement et en tant que tuteur de son fils Gurbaj Singh, dépose devant la Cour supérieure, en vertu de l'art. 453 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et du par. 24(1) de la *Charte canadienne*, une requête en jugement déclaratoire assortie d'une demande d'injonction interlocutoire. Dans sa requête, M. Multani demande à la cour de

of commissioners' decision was of no force or effect and that Gurbaj Singh had a right to wear his kirpan to school if it was sealed and sewn up inside his clothing. He submitted that this would represent a reasonable accommodation to the freedom of religion and right to equality guaranteed in ss. 3 and 10 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and ss. 2 and 15 of the *Canadian Charter.*

On April 16, 2002, Tellier J. ordered an interlocutory injunction and authorized Gurbaj Singh to wear his kirpan, provided that he complied with the conditions initially proposed by the CSMB, until a final decision was rendered in the case. On May 17, 2002, Grenier J. of the Superior Court granted Mr. Multani's motion for a declaratory judgment, declared the council of commissioners' decision to be null and of no force or effect, and authorized Gurbaj Singh to wear his kirpan under certain conditions. The Quebec Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the motion for a declaratory judgment on March 4, 2004. Balvir Singh Multani then appealed to this Court on behalf of himself and his son.

3. Decisions of the Courts Below

3.1 *Superior Court* ([2002] Q.J. No. 1131 (QL))

Grenier J. began by discussing the agreement between the CSMB and the Multanis respecting the proposed accommodation measure. Noting that the need to wear a kirpan was based on a sincere religious belief held by Gurbaj Singh and that there was no evidence of any violent incidents involving kirpans in Quebec schools, she granted the motion for a declaratory judgment and authorized Gurbaj Singh to wear his kirpan at Sainte-Catherine-Labouré school on the following conditions (at para. 7):

[TRANSLATION]

- that the kirpan be worn under his clothes;
- that the kirpan be carried in a sheath made of wood, not metal, to prevent it from causing injury;

déclarer que la décision du conseil des commissaires est inopérante et que Gurbaj Singh a le droit de porter son kirpan à l'école, s'il est scellé et cousu à l'intérieur de ses vêtements. Il affirme que cette permission constitue une mesure d'accommodement raisonnable à la liberté de religion et au droit à l'égalité garantis par les art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et les art. 2 et 15 de la *Charte canadienne.*

7 Le 16 avril 2002, le juge Tellier prononce une injonction interlocutoire et permet à Gurbaj Singh de porter son kirpan aux conditions initialement posées par la CSMB, et ce, jusqu'au jugement final. Le 17 mai 2002, la juge Grenier de la Cour supérieure accueille la requête en jugement déclaratoire de M. Multani, déclare la décision du conseil des commissaires nulle et inopérante et permet à Gurbaj Singh de porter son kirpan sous réserve de certaines conditions. La Cour d'appel du Québec accueille l'appel et rejette la requête en jugement déclaratoire le 4 mars 2004. Balvir Singh Multani se pourvoit devant notre Cour, en son nom et au nom de son fils.

3. Décisions des juridictions inférieures

3.1 *Cour supérieure* ([2002] J.Q. nº 1131 (QL))

8 La juge Grenier souligne d'abord l'entente intervenue entre la CSMB et les Multani quant à la mesure d'accommodement proposée. Notant que le port du kirpan repose sur une croyance religieuse véritable de Gurbaj Singh et que la preuve n'a révélé aucun exemple d'incident de violence avec un kirpan dans les écoles au Québec, la juge Grenier accueille la requête en jugement déclaratoire et permet à Gurbaj Singh de porter son kirpan à l'école Sainte-Catherine-Labouré aux conditions suivantes (par. 7) :

- que le kirpan soit porté sous ses vêtements;
- que le fourreau dans lequel le kirpan se trouve ne soit pas en métal mais en bois, de façon à ce qu'il perde son aspect contondant;

- that the kirpan be placed in its sheath and wrapped and sewn securely in a sturdy cloth envelope, and that this envelope be sewn to the guthra;
- that school personnel be authorized to verify, in a reasonable fashion, that these conditions were being complied with;
- that the petitioner be required to keep the kirpan in his possession at all times, and that its disappearance be reported to school authorities immediately; and
- that in the event of a failure to comply with the terms of the judgment, the petitioner would definitively lose the right to wear his kirpan at school.

3.2 *Court of Appeal (Pelletier and Rochon JJ.A. and Lemelin J. (ad hoc))* ([2004] Q.J. No. 1904 (QL))

9 Writing on behalf of a unanimous Quebec Court of Appeal, Lemelin J. (*ad hoc*) began by pointing out that the parties had not agreed on an accommodation measure, since the CSMB had consistently opposed the Multanis' motion and argued in favour of a measure similar to the offer made in the council of commissioners' resolution, that is, permission to wear a symbolic kirpan or one made of a material rendering it harmless.

10 Regarding the applicable standard of review, Lemelin J. conducted a pragmatic and functional analysis and concluded that the applicable standard was reasonableness *simpliciter.*

11 Lemelin J. found that the appellant had proven that his son's need to wear a kirpan was a sincerely held religious belief and was not capricious. She concluded that the council of commissioners' decision infringed Gurbaj Singh's freedom of religion and conscience because it had [TRANSLATION] "the effect of impeding conduct integral to the practice of [his] religion" (para. 71).

12 Lemelin J. first noted that Gurbaj Singh's freedom of religion could be limited for the purposes of s. 1 of the *Canadian Charter* — in accordance with the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 — and of s. 9.1 of the *Quebec Charter.* She stated that she could not conceive of a sufficient

- que le kirpan soit placé dans son fourreau, enveloppé et cousu d'une façon sécuritaire dans une étoffe solide et que le tout soit cousu au guthra;
- que le personnel de l'école puisse vérifier, de façon raisonnable, que les conditions imposées ci-dessus sont respectées;
- que le requérant ne puisse en aucun temps se départir de son kirpan et que la disparition de ce dernier soit rapportée aux autorités de l'école immédiatement;
- qu'à défaut de respecter le présent jugement, le requérant perdra définitivement le droit de porter son kirpan à l'école.

3.2 *Cour d'appel (les juges Pelletier et Rochon et la juge Lemelin (ad hoc))* ([2004] R.J.Q. 824)

Rédigeant l'opinion unanime de la Cour d'appel du Québec, la juge Lemelin précise d'abord que les parties ne se sont pas entendues quant à une mesure d'accommodement, la CSMB ayant toujours demandé le rejet de la requête et s'étant toujours référée à une mesure d'accommodement qui correspondrait à l'offre faite dans la résolution du conseil des commissaires, soit le port d'un kirpan symbolique ou fait d'un matériau qui le rendrait inoffensif.

Quant à la norme de contrôle applicable, la juge Lemelin procède à une analyse pragmatique et fonctionnelle et conclut que la norme applicable est la décision raisonnable *simpliciter.*

La juge Lemelin estime que l'appelant a prouvé que la nécessité pour son fils de porter un kirpan représente une croyance religieuse sincère et n'est pas un caprice. Elle conclut que la décision du conseil des commissaires porte atteinte à la liberté de religion et de conscience de Gurbaj Singh, car elle a « pour effet d'entraver une conduite qui fait partie intégrante de la pratique de [sa] religion » (par. 71).

La juge Lemelin rappelle d'abord que la liberté de religion de Gurbaj Singh peut être restreinte en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, conformément au critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise.* Elle indique qu'elle

justification where there is a reasonable accommodation measure. Lemelin J. considered that the council of commissioners' decision was motivated by a pressing and substantial objective, namely to ensure the safety of the school's students and staff. She stated that there was a direct and rational connection between the prohibition against wearing a kirpan to school and the objective of maintaining a safe environment. Lemelin J. explained that the duty to accommodate is a corollary of the minimal impairment criterion. Given that the kirpan is a dangerous object, that the conditions imposed by Grenier J. did not eliminate every risk, but merely delayed access to the object, and that the concerns expressed by the school board were not merely hypothetical, Lemelin J. concluded that allowing the kirpan to be worn, even under certain conditions, would oblige the school board to reduce its safety standards and would result in undue hardship. In her opinion, the school's students and staff would be exposed to the risks associated with the kirpan. She stated that she was unable to convince herself that safety concerns are less serious in schools than in courts of law or in airplanes. She concluded that the council of commissioners' decision was not unreasonable and did not warrant intervention. Given this conclusion, she did not consider it necessary to conduct a separate analysis with regard to a violation of the right to equality, since the same arguments concerning justification would apply. She allowed the appeal and dismissed Mr. Multani's motion for a declaratory judgment.

ne peut concevoir une justification suffisante s'il existe une mesure d'accommodement raisonnable. La juge Lemelin exprime l'avis que la décision du conseil des commissaires poursuit un objectif urgent et réel, soit d'assurer la sécurité des élèves et du personnel de l'école. Elle affirme qu'il existe un lien direct et rationnel entre l'interdiction de porter le kirpan à l'école et l'objectif consistant à maintenir un environnement sécuritaire. En ce qui concerne l'atteinte minimale, la juge Lemelin précise que l'obligation d'offrir un accommodement est le corollaire de ce critère. Considérant que le kirpan est un objet dangereux, que les conditions imposées par la juge Grenier n'écartent pas tous les risques mais ne font que retarder l'accès à l'objet et que les craintes exposées par la Commission scolaire ne sont pas hypothétiques, la juge Lemelin conclut que permettre le port du kirpan, même à certaines conditions, obligerait la Commission scolaire à réduire ses normes de sécurité et entraînerait une contrainte excessive. Selon elle, les élèves et le personnel de l'école sont exposés aux risques associés au kirpan. Elle indique qu'elle ne peut se convaincre que les impératifs de sécurité sont moindres à l'école que dans les cours de justice ou les avions. Elle conclut que la décision du conseil des commissaires n'est pas déraisonnable et ne justifie aucune intervention. Vu cette conclusion, elle estime qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse distincte à l'égard d'une violation du droit à l'égalité, puisque les mêmes arguments justificatifs seraient applicables. Elle accueille l'appel et rejette la requête en jugement déclaratoire de M. Multani.

4. Issues

Does the decision of the council of commissioners prohibiting Gurbaj Singh Multani from wearing his kirpan at Sainte-Catherine-Labouré school infringe his freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* or s. 3 of the *Quebec Charter*? Does the decision infringe his right to equality under s. 15 of the *Canadian Charter* or s. 10 of the *Quebec Charter*? If so, can the infringement be justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter* or s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

4. Questions en litige

13 La décision du conseil des commissaires interdisant à Gurbaj Singh Multani de porter son kirpan à l'école Sainte-Catherine-Labouré porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie à celui-ci par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* ou l'art. 3 de la *Charte québécoise*? Cette décision porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité qui lui est garanti par l'art. 15 de la *Charte canadienne* ou l'art. 10 de la *Charte québécoise*? Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle être justifiée par application de l'article premier de la *Charte canadienne* ou de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

14 I will begin by discussing the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter*. Before proceeding with the analysis, there are a few preliminary issues to address.

5. Preliminary Issues

5.1 *The Administrative Law Standard of Review Is Not Applicable*

15 Although the appropriate standard of review in the case at bar was not argued at trial, it was in the Court of Appeal. Based on the decisions in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, and *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, the Court of Appeal concluded that the standard for reviewing the council of commissioners' decision should be reasonableness *simpliciter*. Having found that the decision infringed Gurbaj Singh's freedom of religion and conscience, the Court of Appeal then incorporated that administrative law standard of review into its analysis of constitutional justification under s. 1 of the *Canadian Charter*. My colleagues Deschamps and Abella JJ. see no reason to depart from the administrative law approach adopted by the Court of Appeal (para. 95). They also believe that it is both sufficient and more appropriate, in the case at bar, to rely solely on the principles of administrative law to decide the substantive issue rather than applying the principles of constitutional justification.

16 With respect for the opinion of Deschamps and Abella JJ., I am of the view that this approach could well reduce the fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter* to mere administrative law principles or, at the very least, cause confusion between the two. It is not surprising that the values underlying the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter* form part — and sometimes even an integral part — of the laws to which we are subject. However, the fact that an issue relating to constitutional rights is raised in an administrative context does not mean that the constitutional law standards must be

Je traiterai d'abord de la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*. Avant de procéder à l'analyse, il y a lieu de faire le point sur quelques questions préliminaires.

5. Questions préliminaires

5.1 *Inapplication de la norme de contrôle en droit administratif*

La question de la norme de contrôle appropriée en l'espèce n'a pas été débattue en première instance, mais elle l'a été devant la Cour d'appel. Se fondant sur les arrêts *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, et *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, la Cour d'appel a conclu que la décision du conseil des commissaires devait être révisée selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Ayant jugé que la décision du conseil des commissaires portait atteinte à la liberté de religion et de conscience de Gurbaj Singh, la Cour d'appel a ensuite incorporé cette norme de contrôle du droit administratif dans son analyse de la justification constitutionnelle au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. Mes collègues les juges Deschamps et Abella ne voient pas de raison d'écarter l'approche fondée sur le droit administratif adoptée par la Cour d'appel (par. 95). De plus, elles estiment qu'il est suffisant et plus approprié, en l'espèce, de s'en tenir aux règles du droit administratif pour répondre à la question de fond plutôt que de suivre celles de la justification constitutionnelle.

Avec égards pour l'opinion des juges Deschamps et Abella, je suis d'avis que cette approche risque de réduire les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte canadienne* à de simples principes de droit administratif ou, à tout le moins, de les confondre avec ces derniers. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* fassent partie — parfois même intégrante — des règles de droit qui nous gouvernent. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une question concernant les droits constitutionnels se soulève dans un contexte administratif que l'on doit dissoudre les normes du droit

dissolved into the administrative law standards. The rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter* establish a *minimum* constitutional protection that must be taken into account by the legislature and by every person or body subject to the *Canadian Charter*. The role of constitutional law is therefore to define the scope of the protection of these rights and freedoms. An infringement of a protected right will be found to be constitutional only if it meets the requirements of s. 1 of the *Canadian Charter*. Moreover, as Dickson C.J. noted in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the more sophisticated and structured analysis of s. 1 is the proper framework within which to review the values protected by the *Canadian Charter* (see also *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 32). Since, as I will explain below, it is the compliance of the commissioners' decision with the requirements of the *Canadian Charter* that is central to this appeal, it is my opinion that the Court of Appeal's analysis of the standard of review was inadequate and that it leads to an erroneous conclusion.

constitutionnel dans celles du droit administratif. Les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* établissent une protection constitutionnelle *minimale*, qui doit être respectée par le législateur et par toute personne ou organisme qui y est assujetti. C'est donc le rôle du droit constitutionnel de circonscrire l'étendue de la protection visant ces droits et libertés. Pour être jugée constitutionnelle, toute atteinte à un droit garanti doit satisfaire aux exigences de l'article premier de la *Charte canadienne*. De plus, comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, c'est l'analyse mieux structurée et plus subtile fondée sur l'article premier qui constitue le cadre approprié pour l'examen des valeurs protégées par la *Charte canadienne* (voir aussi l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 32). Puisqu'en l'espèce, comme je l'expliquerai plus loin, c'est la conformité de la décision des commissaires avec les exigences de la *Charte canadienne* qui est au cœur du présent pourvoi, je suis d'avis que l'analyse de la norme de contrôle à laquelle la Cour d'appel a procédé n'était pas appropriée et qu'elle mène à une conclusion erronée.

As this Court recognized in *Ross*, judicial review may involve a constitutional law component and an administrative law component (para. 22). In that case, for example, the appeal raised two broad issues. From the point of view of administrative law, the Court first had to determine whether, based on the appropriate administrative law standard of review, namely reasonableness, the human rights board of inquiry had erred in making a finding of discrimination under s. 5(1) of the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, and whether that Act gave it jurisdiction to make the order in issue. (It should be noted here that the Court did not confuse the protection against discrimination provided for in s. 5(1) of the Act with the right guaranteed in s. 15 of the *Canadian Charter*.) However, the conclusion that there was discrimination and that the Act granted the board of inquiry a very broad power to make orders did not end the analysis. Since the respondent had also argued that the decision infringed his freedom of expression and religion

17 Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Ross*, le contrôle judiciaire peut comporter un volet « droit constitutionnel » et un volet « droit administratif » (par. 22). Dans *Ross*, par exemple, le pourvoi soulevait deux grandes questions. Du point de vue du droit administratif, la Cour devait d'abord déterminer, selon la norme de contrôle du droit administratif appropriée — en l'occurrence la décision raisonnable —, si la commission d'enquête sur les droits de la personne avait commis une erreur en concluant à l'existence de discrimination au sens du par. 5(1) de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, et si elle avait la compétence, en vertu de cette même Loi, pour rendre l'ordonnance en litige. (Il importe de souligner ici que la Cour n'a pas confondu la protection contre la « discrimination » prévue au par. 5(1) de la Loi avec le droit garanti à l'art. 15 de la *Charte canadienne*.) La conclusion qu'il y avait discrimination et que la Loi conférait à la commission d'enquête un très large pouvoir de rendre des

under the *Canadian Charter*, the Court also had to determine whether the board of inquiry's order that the school board remove the respondent from his teaching position was valid from the point of view of constitutional law. As the Court recognized, "an administrative tribunal acting pursuant to its delegated powers exceeds its jurisdiction if it makes an order that infringes the *Charter*" (para. 31; see also *Slaight Communications*). The Court therefore conducted an analysis under ss. 2(*a*) and (*b*) and 1 of the *Canadian Charter* to decide the constitutional issue. The administrative law standard of review is not applicable to the constitutional component of judicial review.

ordonnances ne mettait toutefois pas fin à l'analyse. Puisque l'intimé avait aussi fait valoir que la décision portait atteinte à sa liberté d'expression et à sa liberté de religion garanties par la *Charte canadienne*, la Cour devait également se demander si l'ordonnance de la commission d'enquête enjoignant au conseil scolaire de retirer à l'intimé son poste d'enseignant était valide du point de vue du droit constitutionnel. Comme l'a reconnu la Cour, « un tribunal administratif qui agit conformément aux pouvoirs qui lui ont été délégués excède sa compétence s'il rend une ordonnance qui contrevient à la *Charte* » (par. 31; voir aussi *Slaight Communications*). La Cour a donc procédé à une analyse au regard des al. 2*a*) et *b*) et de l'article premier de la *Charte canadienne* afin de répondre à la question constitutionnelle. La norme de contrôle du droit administratif n'est pas applicable au volet constitutionnel du contrôle judiciaire.

18 As stated above, it is the compliance of the commissioners' decision with the requirements of the *Canadian Charter* that is central to this appeal, not the decision's validity from the point of view of administrative law. Section 76 of the *Education Act* grants the governing board the power to approve any safety measure proposed by a school principal:

En l'espèce, comme je l'ai mentionné plus tôt, c'est la conformité de la décision des commissaires avec les exigences de la *Charte canadienne* qui est au cœur du présent pourvoi, et non sa validité du point de vue du droit administratif. L'article 76 de la *Loi sur l'instruction publique* confère au conseil d'établissement le pouvoir d'approuver toute mesure de sécurité proposée par le directeur de l'école :

The governing board is responsible for approving the rules of conduct and the safety measures proposed by the principal.

The rules and measures may include disciplinary sanctions other than expulsion from school or corporal punishment; the rules and measures shall be transmitted to all students at the school and their parents.

Le conseil d'établissement approuve les règles de conduite et les mesures de sécurité proposées par le directeur de l'école.

Ces règles et mesures peuvent prévoir les sanctions disciplinaires applicables, autres que l'expulsion de l'école et des punitions corporelles; elles sont transmises à chaque élève de l'école et à ses parents.

The governing board exercised this power to approve, *inter alia*, art. 5 of the *Code de vie*, which prohibits the carrying of weapons and dangerous objects at Sainte-Catherine-Labouré school. The council of commissioners, in turn, upheld the governing board's decision pursuant to the power implicitly conferred on it in s. 12 of the *Education Act*, which reads as follows:

Le conseil d'établissement a usé de ce pouvoir afin d'approuver, notamment, l'art. 5 du Code de vie qui prohibe le port d'armes et d'objets dangereux à l'école Sainte-Catherine-Labouré. À son tour, le conseil des commissaires a maintenu la décision du conseil d'établissement en vertu du pouvoir que lui accorde implicitement l'art. 12 de la *Loi sur l'instruction publique*, qui dispose :

The council of commissioners may, if it considers that the request is founded, overturn, entirely or in part,

Le conseil des commissaires peut, s'il estime la demande fondée, infirmer en tout ou en partie la décision visée

the decision contemplated by the request and make the decision which, in its opinion, ought to have been made in the first instance.

There is no suggestion that the council of commissioners did not have jurisdiction, from an administrative law standpoint, to approve the *Code de vie*. Nor, it should be noted, is the administrative and constitutional validity of the *rule* against carrying weapons and dangerous objects in issue. It would appear that the *Code de vie* was never even introduced into evidence by the parties. Rather, the appellant argues that it was in applying the rule, that is, in categorically denying Gurbaj Singh the right to wear his kirpan, that the governing board, and subsequently the council of commissioners when it upheld the original decision, infringed Gurbaj Singh's freedom of religion under the *Canadian Charter*.

The complaint is based entirely on this constitutional freedom. The Court of Appeal therefore erred in applying the reasonableness standard to its constitutional analysis. The administrative law standard of review was not relevant. Moreover, if this appeal had instead concerned the review of an administrative decision based on the application and interpretation of the *Canadian Charter*, it would, according to the case law of this Court, have been necessary to apply the correctness standard (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 31).

Thus, it is the constitutionality of the *decision* that is in issue in this appeal, which means that a constitutional analysis must be conducted. The reasons of Deschamps and Abella JJ. raise another issue relating to the application of s. 1 of the *Canadian Charter*. My colleagues believe that the Court should address the issue of justification under s. 1 only where a complainant is attempting to overturn a normative rule as opposed to a decision applying that rule. With respect, it is of little importance to Gurbaj Singh — who wants to exercise his freedom of religion — whether the absolute prohibition against wearing a kirpan in his school derives from the actual wording of a

par la demande et prendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu.

19 Nul ne prétend que le conseil des commissaires n'avait pas compétence, sur le plan du droit administratif, pour approuver le Code de vie en question. Il importe de souligner que la validité, tant administrative que constitutionnelle, de la *règle* prohibant le port d'armes et d'objets dangereux n'est pas contestée non plus. Il semblerait d'ailleurs que le Code de vie n'a même jamais été déposé en preuve par les parties. L'appelant prétend plutôt que c'est en appliquant cette règle, c'est-à-dire en refusant de façon absolue à Gurbaj Singh le droit de porter son kirpan, que le conseil d'établissement et plus tard le conseil des commissaires en maintenant la première décision, ont porté atteinte à la liberté de religion garantie à Gurbaj Singh par la *Charte canadienne*.

20 La plainte repose entièrement sur cette liberté constitutionnelle. Par conséquent, la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la norme de la décision raisonnable à son analyse constitutionnelle. La norme de contrôle du droit administratif n'était pas pertinente. Qui plus est, si l'objet du présent pourvoi était plutôt la révision d'une décision administrative fondée sur l'application et l'interprétation de la *Charte canadienne*, au regard de la jurisprudence de la Cour, ce serait alors la norme de la décision correcte qui devrait être appliquée (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 31).

21 C'est donc la validité constitutionnelle de la *décision* qui est en cause dans le présent pourvoi et, conséquemment, la grille d'analyse constitutionnelle doit être appliquée. Les motifs des juges Deschamps et Abella soulèvent une autre question concernant l'application de l'article premier de la *Charte canadienne*. Mes collègues estiment que la Cour ne devrait avoir recours à la démarche justificative prévue par cette disposition que dans le cas où le plaignant sollicite l'annulation d'une règle à portée normative plutôt que d'une décision appliquant cette règle. Avec égards pour cette opinion, il importe peu à Gurbaj Singh — qui veut faire valoir sa liberté de religion — que la prohibition absolue

normative rule or merely from the application of such a rule. In either case, any limit on his freedom of religion must meet the same requirements if it is to be found to be constitutional. In my opinion, consistency in the law can be maintained only by addressing the issue of justification under s. 1 regardless of whether what is in issue is the wording of the statute itself or its application. I will explain this.

22 There is no question that the *Canadian Charter* applies to the decision of the council of commissioners, despite the decision's individual nature. The council is a creature of statute and derives all its powers from statute. Since the legislature cannot pass a statute that infringes the *Canadian Charter*, it cannot, through enabling legislation, do the same thing by delegating a power to act to an administrative decision maker: see *Slaight Communications*, at pp. 1077-78. As was explained in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 20, the *Canadian Charter* can apply in two ways:

> First, legislation may be found to be unconstitutional on its face because it violates a *Charter* right and is not saved by s. 1. In such cases, the legislation will be invalid and the Court compelled to declare it of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Secondly, the *Charter* may be infringed, not by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it. In such cases, the legislation remains valid, but a remedy for the unconstitutional action may be sought pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

Deschamps and Abella JJ. take the view that the Court must apply s. 1 of the *Canadian Charter* only in the first case. I myself believe that the same analysis is necessary in the second case, where the decision maker has acted pursuant to an enabling statute, since any infringement of a guaranteed right that results from the decision maker's actions is also a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1. On the other hand, as illustrated by *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000

du port du kirpan dans son école découle du texte même d'une règle à portée normative ou tout simplement de l'application d'une telle règle. Dans les deux cas, toute restriction à sa liberté de religion doit satisfaire aux mêmes exigences pour être jugée constitutionnelle. Je suis d'avis que la cohérence du droit ne peut être maintenue qu'en ayant recours à la justification prévue par l'article premier, que ce soit le texte même de la loi qui soit en cause ou son application. Je m'explique.

Il ne fait aucun doute que la *Charte canadienne* s'applique à la décision du conseil des commissaires, nonobstant le caractère individuel de cette décision. Le conseil est une émanation de la loi et il tire tous ses pouvoirs de celle-ci. Comme le législateur ne peut adopter une loi qui viole la *Charte canadienne*, il ne saurait le faire, par le truchement d'une loi habilitante, en déléguant un pouvoir d'agir à une autorité décisionnelle administrative : voir *Slaight Communications*, p. 1077-1078. Comme il est précisé dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 20, la *Charte canadienne* peut s'appliquer de deux manières :

> Premièrement, une loi peut être jugée inconstitutionnelle suivant son texte même parce qu'elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* et que sa validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. En pareil cas, la loi est invalide et le tribunal est tenu de la déclarer inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Deuxièmement, il est possible que la *Charte* soit violée non pas par la loi elle-même, mais par les actes d'un décideur à qui on a délégué son application. Dans un tel cas, la loi reste valide, mais une réparation peut être demandée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à l'égard de l'acte inconstitutionnel.

Les juges Deschamps et Abella sont d'avis que la Cour ne doit avoir recours à l'article premier de la *Charte canadienne* que dans le premier cas. J'estime pour ma part que la même analyse s'impose également dans le deuxième cas, lorsque le décideur a agi conformément à la loi habilitante, étant donné que toute atteinte à un droit garanti découlant des actes de ce dernier est aussi une restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier. D'autre part, comme l'illustre l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*,

SCC 69, at para. 141, when the delegated power is not exercised in accordance with the enabling legislation, a decision not authorized by statute is not a limit "prescribed by law" and therefore cannot be justified under s. 1.

In the case at bar, no one is suggesting that the council of commissioners failed to act in accordance with its enabling legislation. It is thus necessary to determine, as the Court did in *Slaight Communications*, whether the council of commissioners' decision infringes, as alleged, Gurbaj Singh's freedom of religion. As Lamer J. explained (at pp. 1079-80), where the legislation pursuant to which an administrative body has made a contested decision confers a discretion (in the instant case, the choice of means to keep schools safe) and does not confer, either expressly or by implication, the power to limit the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter*, the decision should, if there is an infringement, be subjected to the test set out in s. 1 of the *Canadian Charter* to ascertain whether it constitutes a reasonable limit that can be demonstrably justified in a free and democratic society. If it is not justified, the administrative body has exceeded its authority in making the contested decision.

5.2 *Internal Limits of Freedom of Religion, or Justification Within the Meaning of Section 1?*

The parties have been unable to agree on the most appropriate analytical approach. The appellant considers it clear that the council of commissioners' decision infringes his son's freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter*. In response to the respondents' submissions, he maintains that only a limit that meets the test for the application of s. 1 of the *Canadian Charter* can be justified. The Attorney General of Quebec concedes that the prohibition against the appellant's son wearing his kirpan to school infringes the son's freedom of religion, but submits that, regardless of the conditions ordered by the Superior Court, the

[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 141, lorsque le pouvoir délégué n'est pas exercé conformément à la loi habilitante, la décision non autorisée par un texte de loi n'est pas une restriction « prescrite par une règle de droit » et ne saurait en conséquence être justifiée au regard de l'article premier.

23 En l'espèce, personne ne prétend que le conseil des commissaires n'a pas agi conformément à sa loi habilitante. Aussi, tout comme l'a fait la Cour dans l'arrêt *Slaight Communications*, il faut se demander si la décision rendue par le conseil des commissaires viole, comme on le prétend, la liberté de religion de Gurbaj Singh. Comme l'a expliqué le juge Lamer (p. 1079-1080), lorsque le texte législatif en vertu duquel un organisme administratif a rendu une décision contestée confère un pouvoir discrétionnaire (en l'occurrence le choix des moyens pour assurer la sécurité dans les écoles), et ne prévoit pas de façon explicite ou implicite le pouvoir de restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*, il y a lieu, en cas de violation, de soumettre cette décision au test énoncé à l'article premier de la *Charte canadienne* afin de déterminer si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'absence de justification indiquera que l'organisme administratif a outrepassé ses pouvoirs en prononçant la décision contestée.

5.2 *Limites internes de la liberté de religion ou justification au sens de l'article premier?*

24 Les parties ne s'entendent pas quant à la méthode analytique la plus appropriée. L'appelant estime que la décision du conseil des commissaires porte clairement atteinte à la liberté de religion de son fils, protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*, et, en réponse aux prétentions des intimés, que seule une restriction satisfaisant au critère d'application de l'article premier de la *Charte canadienne* peut être justifiée. Le procureur général du Québec reconnaît que l'interdiction faite au fils de l'appelant de porter son kirpan à l'école porte atteinte à la liberté de religion de celui-ci, mais prétend que l'interdiction du port du kirpan à l'école, qu'elle

prohibition is a fair limit on freedom of religion, which is not an absolute right.

25 According to the CSMB, freedom of religion has not been infringed, because it has internal limits. The CSMB considers that, in the instant case, the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) must be limited by imperatives of public order, safety, and health, as well as by the rights and freedoms of others. In support of this contention, it relies primarily on *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, in which the Court defined the scope of the rights in issue (freedom of religion and the right to equality) in order to resolve any potential conflict. The CSMB is of the view that, in the case at bar, delineating the rights in issue in this way would preserve Gurbaj Singh's freedom of religion while, as in *Trinity Western University*, circumscribing his freedom to act in accordance with his beliefs. According to this line of reasoning, the outcome of this appeal would be decided at the stage of determining whether freedom of religion has been infringed rather than at the stage of reconciling the rights of the parties under s. 1 of the *Canadian Charter*.

26 This Court has clearly recognized that freedom of religion can be limited when a person's freedom to act in accordance with his or her beliefs may cause harm to or interfere with the rights of others (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337, and *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, at para. 62). However, the Court has on numerous occasions stressed the advantages of reconciling competing rights by means of a s. 1 analysis. For example, in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, the claimants, who were Jehovah's Witnesses, contested an order that authorized the administration of a blood transfusion to their daughter. While acknowledging that freedom of religion could be limited in the best interests of the child, La Forest J., writing for the majority of the Court, stated the following, at paras. 109-10:

soit ou non assortie des modalités ordonnées par la Cour supérieure, est une juste limite à la liberté de religion, droit qui n'est pas absolu.

Selon la CSMB, il n'y a aucune atteinte à la liberté de religion, puisque celle-ci comporte des limites internes. Elle estime qu'en l'espèce la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) doit être limitée pour répondre à des impératifs d'ordre, de sécurité, de santé publique et pour respecter les droits et libertés d'autrui. À l'appui de cette prétention, elle invoque principalement l'arrêt *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31, dans lequel la Cour a délimité la portée des droits en cause (liberté de religion et droit à l'égalité) pour régler tout conflit potentiel. La CSMB est d'avis que, en l'espèce, une telle délimitation des droits en jeu préserverait la liberté de religion de Gurbaj Singh, mais comme dans *Université Trinity Western* circonscrirait sa liberté d'agir conformément à ses croyances. Selon ce raisonnement, le résultat du présent appel serait décidé à l'étape de la détermination de l'atteinte à la liberté de religion plutôt qu'à celle de la conciliation des droits des parties en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Notre Cour a clairement reconnu que la portée de la liberté de religion pouvait être restreinte lorsque la liberté d'une personne d'agir suivant ses croyances est susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337, et *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 2004 CSC 47, par. 62). Cependant, notre Cour a souligné à de nombreuses reprises les avantages qu'il y a à concilier les droits opposés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Par exemple, dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, les demandeurs — des témoins de Jéhovah — contestaient une ordonnance permettant que leur fille reçoive une transfusion sanguine. Bien que reconnaissant que la liberté de religion pouvait être restreinte dans l'intérêt véritable de l'enfant, le juge La Forest, qui s'exprimait pour la majorité de la Cour, a écrit ceci, aux par. 109-110 :

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter* . . . .

In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(*a*). . . .

Ross provides another example of this. In that case, the Court recognized a teacher's right to act on the basis of antisemitic views that compromised the right of students to a school environment free of discrimination, but opted to limit the teacher's freedom of religion pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter* (at paras. 74-75):

This mode of approach is analytically preferable because it gives the broadest possible scope to judicial review under the *Charter* . . ., and provides a more comprehensive method of assessing the relevant conflicting values. . . .

. . . That approach seems to me compelling in the present case where the respondent's claim is to a serious infringement of his rights of expression and of religion in a context requiring a detailed contextual analysis. In these circumstances, there can be no doubt that the detailed s. 1 analytical approach developed by this Court provides a more practical and comprehensive mechanism, involving review of a whole range of factors for the assessment of competing interests and the imposition of restrictions upon individual rights and freedoms.

It is important to distinguish these decisions from the ones in which the Court did not conduct a s. 1 analysis because there was no conflict of fundamental rights. For example, in *Trinity Western University*, the Court, asked to resolve a potential conflict between religious freedoms and equality rights, concluded that a proper delineation of the rights involved would make it possible to avoid any conflict in that case. Likewise, in *Amselem*, a case concerning the *Quebec Charter*, the Court refused to pit freedom of religion against the right to

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte* . . .

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2*a*) pour soupeser des droits opposés. . .

27 L'arrêt *Ross* constitue un autre exemple où la Cour a reconnu à un enseignant le droit d'agir sur la foi de croyances antisémites qui compromettaient le droit des élèves à un milieu d'apprentissage exempt de discrimination, mais a plutôt choisi de restreindre la liberté de religion de cet enseignant en appliquant l'article premier de la *Charte canadienne* (par. 74-75) :

Cette méthode est préférable sur le plan analytique parce qu'elle donne au contrôle judiciaire en vertu de la *Charte* la plus large portée possible et fournit une méthode plus complète d'évaluation des valeurs opposées pertinentes. . .

. . . Ce point de vue me semble s'imposer dans le présent pourvoi où l'intimé allègue une atteinte grave à ses droits à la liberté d'expression et de religion dans des circonstances nécessitant une analyse contextuelle détaillée. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que la méthode analytique détaillée que notre Cour a établie sous le régime de l'article premier constitue un mécanisme plus pratique et complet qui comporte l'examen de toute une gamme de facteurs aux fins de l'appréciation d'intérêts opposés et de l'imposition de restrictions à des droits et libertés individuels.

28 Il est important de distinguer ces arrêts de ceux où la Cour n'a pas procédé à l'analyse fondée sur l'article premier parce qu'il n'y avait pas de conflit de droits fondamentaux. Par exemple, dans l'arrêt *Université Trinity Western*, la Cour, qui était appelée à se prononcer sur un éventuel conflit entre la liberté de religion et le droit à l'égalité, est venue à la conclusion qu'une délimitation adéquate des droits en jeu permettait d'éviter tout conflit dans cette affaire. Il en fût de même dans l'arrêt *Amselem* où, dans une cause concernant la *Charte québécoise*, la

peaceful enjoyment and free disposition of property, because the impact on the latter was considered "at best, minimal" (para. 64). Logically, where there is not an apparent infringement of more than one fundamental right, no reconciliation is necessary at the initial stage.

29 In the case at bar, the Court does not at the outset have to reconcile two constitutional rights, as only freedom of religion is in issue here. Furthermore, since the decision genuinely affects both parties and was made by an administrative body exercising statutory powers, a contextual analysis under s. 1 will enable us to balance the relevant competing values in a more comprehensive manner.

30 This Court has frequently stated, and rightly so, that freedom of religion is not absolute and that it can conflict with other constitutional rights. However, since the test governing limits on rights was developed in *Oakes*, the Court has never called into question the principle that rights are reconciled through the constitutional justification required by s. 1 of the *Canadian Charter*. In this regard, the significance of *Big M Drug Mart*, which predated *Oakes*, was considered in *B. (R.)*, at paras. 110-11; see also *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 733-34. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, the Court, in formulating the common law test applicable to publication bans, was concerned with the need to "develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (p. 878). For this purpose, since the media's freedom of expression had to be reconciled with the accused's right to a fair trial, the Court held that a common law standard that "clearly reflects the substance of the *Oakes* test" was the most appropriate one (p. 878).

31 Thus, the central issue in the instant case is best suited to a s. 1 analysis. But before proceeding with

Cour s'est refusée à opposer la liberté de religion et le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens, puisque les incidences sur ce dernier étaient jugées « tout au plus minimes » (par. 64). En toute logique, là où il n'y a pas d'atteinte apparente à plus d'un droit fondamental, aucune conciliation au stade initial n'est nécessaire.

Dans la présente cause, la Cour n'est pas appelée à réconcilier, d'entrée de jeu, deux droits constitutionnels, seule la liberté de religion étant invoquée ici. De plus, étant donné que la décision touche véritablement chacune des parties et que nous sommes en présence d'une décision prise par un organisme administratif dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, une analyse contextuelle fondée sur l'article premier permettra de soupeser de façon plus complète les valeurs opposées pertinentes.

Cette Cour a souvent affirmé, avec raison, que la liberté de religion n'est pas absolue et peut entrer en conflit avec d'autres droits constitutionnels. Toutefois, depuis l'élaboration dans l'arrêt *Oakes* du critère encadrant la restriction des droits, elle n'a pas remis en question qu'en principe les droits sont conciliés au regard de la justification constitutionnelle que commande l'article premier de la *Charte canadienne*. À cet égard, la portée de l'arrêt *Big M Drug Mart*, rendu avant l'arrêt *Oakes*, a été examinée dans l'arrêt *B. (R.)*, par. 110-111; voir aussi *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 733-734. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, en élaborant le critère qui régit, en common law, les ordonnances de non-publication, la Cour était soucieuse de « développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution » (p. 878). À cette fin, puisqu'il s'agissait de concilier la liberté d'expression des médias et le droit de l'accusé à un procès équitable, la Cour a statué qu'une norme de common law qui « reflète nettement l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* » était la plus appropriée (p. 878).

En l'espèce, le cœur du débat relève donc davantage de l'analyse fondée sur l'article premier.

this analysis, I will explain why the contested decision clearly infringes freedom of religion.

6. Infringement of Freedom of Religion

This Court has on numerous occasions stressed the importance of freedom of religion. For the purposes of this case, it is sufficient to reproduce the following statement from *Big M Drug Mart*, at pp. 336-37 and 351:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

. . . Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

. . .

. . . With the *Charter*, it has become the right of every Canadian to work out for himself or herself what his or her religious obligations, if any, should be and it is not for the state to dictate otherwise.

It was explained in *Amselem*, at para. 46, that freedom of religion consists

of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials. [Emphasis added.]

In *Amselem*, the Court ruled that, in order to establish that his or her freedom of religion has been infringed, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned

Toutefois, avant de procéder à cette analyse, je vais expliquer pourquoi la décision litigieuse porte nettement atteinte à la liberté de religion.

6. Atteinte à la liberté de religion

Notre Cour a, à maintes reprises, souligné l'importance de la liberté de religion. Pour les besoins du débat qui nous occupe, il suffit de reproduire l'énoncé suivant, tiré de l'arrêt *Big M Drug Mart*, p. 336-337 et 351: 32

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

. . . La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

. . .

. . . La *Charte* reconnaît à tous les Canadiens le droit de déterminer, s'il y a lieu, la nature de leurs obligations religieuses et l'État ne peut prescrire le contraire.

L'arrêt *Amselem* est venu préciser, au par. 46, que la liberté de religion s'entend 33

de la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. [Je souligne.]

Dans *Amselem*, la Cour a statué que, pour démontrer l'existence d'une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à 34

conduct of a third party interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief.

35 The fact that different people practise the same religion in different ways does not affect the validity of the case of a person alleging that his or her freedom of religion has been infringed. What an individual must do is show that he or she sincerely believes that a certain belief or practice is required by his or her religion. The religious belief must be asserted in good faith and must not be fictitious, capricious or an artifice (*Amselem*, at para. 52). In assessing the sincerity of the belief, a court must take into account, *inter alia*, the credibility of the testimony of the person asserting the particular belief and the consistency of the belief with his or her other current religious practices (*Amselem*, at para. 53).

36 In the case at bar, Gurbaj Singh must therefore show that he sincerely believes that his faith requires him at all times to wear a kirpan made of metal. Evidence to this effect was introduced and was not contradicted. No one contests the fact that the orthodox Sikh religion requires its adherents to wear a kirpan at all times. The affidavits of chaplain Manjit Singh and of Gurbaj Singh explain that orthodox Sikhs must comply with a strict dress code requiring them to wear religious symbols commonly known as the Five Ks: (1) the kesh (uncut hair); (2) the kangha (a wooden comb); (3) the kara (a steel bracelet worn on the wrist); (4) the kaccha (a special undergarment); and (5) the kirpan (a metal dagger or sword). Furthermore, Manjit Singh explains in his affidavit that the Sikh religion teaches pacifism and encourages respect for other religions, that the kirpan must be worn at all times, even in bed, that it must not be used as a weapon to hurt anyone, and that Gurbaj Singh's refusal to wear a symbolic kirpan made of a material other than metal is based on a reasonable religiously motivated interpretation.

37 Much of the CSMB's argument is based on its submission that [TRANSLATION] "the kirpan is essentially a dagger, a weapon designed to kill,

un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance.

Le fait que plusieurs personnes pratiquent la même religion de façon différente n'invalide pas pour autant la demande de celui qui allègue une violation à sa liberté de religion. Ce qui importe, c'est que cette personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique. La croyance religieuse invoquée doit être avancée de bonne foi, elle ne doit pas être fictive, ni arbitraire, et elle ne doit pas constituer un artifice (*Amselem*, par. 52). Dans l'appréciation de cette sincérité, le tribunal doit notamment tenir compte de la crédibilité du témoignage de celui qui invoque la croyance particulière et de la question de savoir si cette croyance s'accorde avec ses autres pratiques religieuses courantes (*Amselem*, par. 53).

En l'espèce, Gurbaj Singh doit donc démontrer qu'il croit sincèrement être tenu par sa foi de porter en tout temps un kirpan en métal. Cette preuve a été faite et elle n'a pas été contredite. Personne ne conteste que la religion sikhe orthodoxe requiert de ses adhérents qu'ils portent en tout temps leur kirpan. Il ressort des affidavits de l'aumônier Manjit Singh et de Gurbaj Singh que les Sikhs orthodoxes doivent respecter un code vestimentaire strict leur imposant le port de symboles religieux communément appelés les cinq K : (1) le kesh (cheveux non coupés); (2) le kangha (peigne de bois); (3) le kara (bracelet d'acier porté au poignet; (4) le kaccha (sous-vêtement particulier); (5) le kirpan (poignard; épée en métal). De plus, Manjit Singh explique dans son affidavit que la religion sikhe se veut pacifique et encourage le respect des autres religions, que le kirpan doit être porté en tout temps, même au lit, qu'il ne doit pas être utilisé comme une arme dans le but de blesser qui que ce soit et que le refus de Gurbaj Singh de porter un kirpan symbolique fait d'un matériau autre que le métal s'appuie sur une interprétation religieuse raisonnable.

Une grande partie de l'argumentation de la CSMB repose sur la prétention de celle-ci selon laquelle « le kirpan demeure essentiellement un poignard,

intimidate or threaten others". With respect, while the kirpan undeniably has characteristics of a bladed weapon capable of wounding or killing a person, this submission disregards the fact that, for orthodox Sikhs, the kirpan is above all a religious symbol. Chaplain Manjit Singh mentions in his affidavit that the word "kirpan" comes from "kirpa", meaning "mercy" and "kindness", and "aan", meaning "honour". There is no denying that this religious object could be used wrongly to wound or even kill someone, but the question at this stage of the analysis cannot be answered definitively by considering only the physical characteristics of the kirpan. Since the question of the physical makeup of the kirpan and the risks the kirpan could pose to the school board's students involves the reconciliation of conflicting values, I will return to it when I address justification under s. 1 of the *Canadian Charter*. In order to demonstrate an infringement of his freedom of religion, Gurbaj Singh does not have to establish that the kirpan is not a weapon. He need only show that his personal and subjective belief in the religious significance of the kirpan is sincere.

une arme conçue pour tuer quelqu'un, l'intimider ou le menacer ». Avec égards pour cette opinion, bien que le kirpan présente incontestablement les caractéristiques d'une arme blanche, capable de blesser ou de tuer une personne, cette prétention ignore d'emblée le fait que, pour les Sikhs orthodoxes, le kirpan est avant tout un symbole religieux. L'aumônier Manjit Singh mentionne d'ailleurs dans son affidavit que le terme « kirpan » provient du mot « Kirpa » qui signifie [TRADUCTION] « compassion » et « bonté » et du mot « aan » qui signifie [TRADUCTION] « honneur ». Cet objet religieux pourrait sans contredit être utilisé à mauvais escient dans le but de blesser ou même de tuer quelqu'un, mais la question qui se pose, à ce stade-ci de l'analyse, ne peut être tranchée définitivement en considérant uniquement les caractéristiques physiques du kirpan. Puisque la question de la composition matérielle du kirpan et des risques qu'il est susceptible de faire courir aux élèves de la Commission scolaire relève de la conciliation des valeurs opposées, j'y reviendrai lorsque j'aborderai la justification au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. Afin de démontrer qu'il y a atteinte à sa liberté de religion, il n'est pas nécessaire que Gurbaj Singh établisse que le kirpan n'est pas une arme, mais seulement que sa croyance personnelle et subjective en la signification religieuse du kirpan est sincère.

Gurbaj Singh says that he sincerely believes he must adhere to this practice in order to comply with the requirements of his religion. Grenier J. of the Superior Court declared (at para. 6) — and the Court of Appeal reached the same conclusion (at para. 70) — that Gurbaj Singh's belief was sincere. Gurbaj Singh's affidavit supports this conclusion, and none of the parties have contested the sincerity of his belief.

38 Gurbaj Singh affirme qu'il croit sincèrement que, pour se conformer à sa religion, il doit adhérer à cette pratique. La juge Grenier de la Cour supérieure (par. 6) a déclaré — conclusion à laquelle est également arrivée la Cour d'appel (par. 70) — que la croyance de Gurbaj Singh était sincère. L'affidavit de ce dernier supporte cette conclusion et aucune des parties au litige n'a contesté la sincérité de sa croyance.

Furthermore, Gurbaj Singh's refusal to wear a replica made of a material other than metal is not capricious. He genuinely believes that he would not be complying with the requirements of his religion were he to wear a plastic or wooden kirpan. The fact that other Sikhs accept such a compromise is not relevant, since as Lemelin J. mentioned at para. 68 of her decision, [TRANSLATION] "[w]e

39 En outre, le refus de Gurbaj Singh de porter une réplique faite d'un matériau autre que le métal n'est pas un caprice. Il croit véritablement qu'un kirpan de plastique ou de bois ne lui permettrait pas de se conformer aux exigences de sa religion. Le fait que d'autres personnes de religion sikhe acceptent un tel compromis n'est pas pertinent, car comme l'a mentionné la juge Lemelin au par. 68 de sa

must recognize that people who profess the same religion may adhere to the dogma and practices of that religion to varying degrees of rigour."

40 Finally, the interference with Gurbaj Singh's freedom of religion is neither trivial nor insignificant. Forced to choose between leaving his kirpan at home and leaving the public school system, Gurbaj Singh decided to follow his religious convictions and is now attending a private school. The prohibition against wearing his kirpan to school has therefore deprived him of his right to attend a public school.

41 Thus, there can be no doubt that the council of commissioners' decision prohibiting Gurbaj Singh from wearing his kirpan to Sainte-Catherine-Labouré school infringes his freedom of religion. This limit must therefore be justified under s. 1 of the *Canadian Charter.*

7. Section 1 of the *Canadian Charter*

42 As I mentioned above, the council of commissioners made its decision pursuant to its discretion under s. 12 of the *Education Act.* The decision prohibiting the wearing of a kirpan at the school thus constitutes a limit prescribed by a rule of law within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter* and must accordingly be justified in accordance with that section:

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

43 The onus is on the respondents to prove that, on a balance of probabilities, the infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society. To this end, two requirements must be met. First, the legislative objective being pursued must be sufficiently important to warrant limiting a constitutional right. Next, the means chosen by the state authority must be

décision, « [i]l faut reconnaître que les personnes professant une même religion peuvent respecter avec plus ou moins de rigueur les dogmes et pratiques enseignés par leur religion. »

Finalement, l'entrave à la liberté de religion de Gurbaj Singh est plus que négligeable ou insignifiante. Contraint de choisir entre laisser son kirpan à la maison ou de quitter l'école publique, Gurbaj Singh a décidé de suivre ses croyances religieuses et il fréquente présentement l'école privée. L'interdiction de porter son kirpan à l'école le prive donc de son droit de fréquenter l'école publique.

En conséquence, il ne fait aucun doute que la décision du conseil des commissaires interdisant à Gurbaj Singh de porter son kirpan à l'école Sainte-Catherine-Labouré porte atteinte à sa liberté de religion. Cette restriction doit donc être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne.*

7. L'article premier de la *Charte canadienne*

Comme je l'ai indiqué plus tôt, la décision du conseil des commissaires découle de l'exercice par celui-ci du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 12 de la *Loi sur l'instruction publique.* La décision prohibant le port du kirpan à l'école constitue donc une restriction par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne* et, de ce fait, doit être justifiée conformément à cette disposition :

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

Il incombe aux intimés de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la violation est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour ce faire, elle doit satisfaire à deux exigences. D'abord, l'objectif législatif poursuivi doit être suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel. Ensuite, les

proportional to the objective in question: *Oakes*; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

7.1 *Importance of the Objective*

As stated by the Court of Appeal, the council of commissioners' decision [TRANSLATION] "was motivated by [a pressing and substantial] objective, namely, to ensure an environment conducive to the development and learning of the students. This requires [the CSMB] to ensure the safety of the students and the staff. This duty is at the core of the mandate entrusted to educational institutions" (para. 77). The appellant concedes that this objective is laudable and that it passes the first stage of the test. The respondents also submitted fairly detailed evidence consisting of affidavits from various stakeholders in the educational community explaining the importance of safety in schools and the upsurge in problems relating to weapons and violence in schools.

Clearly, the objective of ensuring safety in schools is sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. It remains to be determined what level of safety the governing board was seeking to achieve by prohibiting the carrying of weapons and dangerous objects, and what degree of risk would accordingly be tolerated. As in *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at para. 25, the possibilities range from a desire to ensure absolute safety to a total lack of concern for safety. Between these two extremes lies a concern to ensure a reasonable level of safety.

Although the parties did not present argument on the level of safety sought by the governing board, the issue was addressed by the intervener Canadian Human Rights Commission, which correctly stated that the standard that seems to be applied in schools is reasonable safety, not absolute safety. The application of a standard of absolute safety could result

moyens choisis par l'autorité étatique doivent être proportionnels à l'objectif en question : *Oakes*; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

7.1 *Importance de l'objectif*

44 Comme l'a affirmé la Cour d'appel, la décision du conseil des commissaires « poursuit un objectif urgent et réel, soit d'assurer un climat propice à l'épanouissement et à l'apprentissage des élèves, lequel exige d'assurer la sécurité des élèves et du personnel, obligation au cœur même du mandat des établissements scolaires » (par. 77). L'appelant concède que cet objectif est louable et qu'il franchit la première étape du critère. Les intimés ont d'ailleurs soumis une preuve plutôt détaillée, constituée d'affidavits de divers intervenants du milieu scolaire qui expliquent l'importance de la sécurité dans les écoles et la recrudescence des problèmes liés au port d'armes et à la violence dans ces établissements.

45 Il n'y a aucun doute qu'assurer la sécurité dans les écoles est un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Il reste à déterminer quel niveau de sécurité le conseil d'établissement cherchait à atteindre en prohibant le port d'armes et d'objets dangereux et par le fait même quel degré de risque est toléré. Tout comme dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, par. 25, l'éventail des possibilités va de la volonté d'assurer la sécurité absolue à l'absence totale de préoccupations en matière de sécurité. Entre ces deux extrêmes, on trouve le souci d'assurer un niveau de la sécurité raisonnable.

46 Bien que les parties n'aient présenté aucun argument sur le niveau de sécurité recherché par le conseil d'établissement, cette question a été traitée par l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne. Cette dernière a à juste titre indiqué que la norme de sécurité qui semble appliquée dans les écoles est la sécurité raisonnable et

in the installation of metal detectors in schools, the prohibition of all potentially dangerous objects (such as scissors, compasses, baseball bats and table knives in the cafeteria) and permanent expulsion from the public school system of any student exhibiting violent behaviour. Apart from the fact that such a standard would be impossible to attain, it would compromise the objective of providing universal access to the public school system.

47 On the other hand, when the governing board approved the article in question of the *Code de vie*, it was not seeking to establish a minimum standard of safety. As can be seen from the affidavits of certain stakeholders from the educational community, violence and weapons are not tolerated in schools, and students exhibiting violent or dangerous behaviour are punished. Such measures show that the objective is to attain a certain level of safety beyond a minimum threshold.

48 I therefore conclude that the level of safety chosen by the governing council and confirmed by the council of commissioners was reasonable safety. The objective of ensuring a reasonable level of safety in schools is without question a pressing and substantial one.

7.2 *Proportionality*

7.2.1 Rational Connection

49 The first stage of the proportionality analysis consists in determining whether the council of commissioners' decision was rendered in furtherance of the objective. The decision must have a rational connection with the objective. In the instant case, prohibiting Gurbaj Singh from wearing his kirpan to school was intended to further this objective. Despite the profound religious significance of the kirpan for Gurbaj Singh, it also has the characteristics of a bladed weapon and could therefore cause injury. The council of commissioners' decision therefore has a rational connection with the objective of ensuring a reasonable level of safety in schools. Moreover, it is relevant that the appellant

non la sécurité absolue. L'application d'une norme de sécurité absolue pourrait se traduire par la présence de détecteurs de métal dans les écoles, l'interdiction de tout objet potentiellement dangereux (par exemple ciseaux, compas, bâtons de baseball, couteaux dans la cafétéria) et l'expulsion permanente du système scolaire public de tout élève ayant un comportement violent. Outre le fait qu'une telle norme établirait un niveau impossible à atteindre, elle compromettrait l'objectif qui consiste à fournir le droit universel à un système scolaire public.

Par ailleurs, en approuvant l'article en question du Code de vie, le conseil d'établissement ne cherchait pas à instaurer une norme de sécurité minimale. Tel qu'il ressort des affidavits de certains intervenants du milieu scolaire, la violence et les armes ne sont pas tolérées dans les écoles, et les élèves qui ont un comportement violent ou dangereux sont punis. De telles mesures démontrent qu'un certain niveau de sécurité est recherché, niveau qui dépasse un seuil minimal de sécurité.

Je conclus donc de ce qui précède que le niveau de sécurité choisi par le conseil d'établissement et confirmé par le conseil des commissaires est la sécurité raisonnable. L'objectif qui consiste à assurer un niveau de sécurité raisonnable dans les écoles est, sans contredit, urgent et réel.

7.2 *Proportionnalité*

7.2.1 Lien rationnel

La première étape de l'analyse de la proportionnalité consiste à se demander si la décision du conseil des commissaires a été rendue dans le but d'atteindre l'objectif visé. La décision doit avoir un lien rationnel avec cet objectif. En l'espèce, le fait d'interdire à Gurbaj Singh de porter son kirpan à l'école vise à atteindre cet objectif. Malgré la profonde signification religieuse du kirpan pour Gurbaj Singh, cet objet a aussi les caractéristiques d'une arme blanche et est donc susceptible de causer des blessures. La décision du conseil des commissaires a donc un lien rationnel avec l'objectif visé qui consiste à assurer un niveau de sécurité raisonnable en milieu scolaire. Il est d'ailleurs

has never contested the rationality of the *Code de vie*'s rule prohibiting weapons in school.

7.2.2 Minimal Impairment

The second stage of the proportionality analysis is often central to the debate as to whether the infringement of a right protected by the *Canadian Charter* can be justified. The limit, which must minimally impair the right or freedom that has been infringed, need not necessarily be the least intrusive solution. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, this Court defined the test as follows:

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . .

The approach to the question must be the same where what is in issue is not legislation, but a decision rendered pursuant to a statutory discretion. Thus, it must be determined whether the decision to establish an absolute prohibition against wearing a kirpan "falls within a range of reasonable alternatives".

In considering this aspect of the proportionality analysis, Lemelin J. expressed the view that [TRANSLATION] "[t]he duty to accommodate this student is a corollary of the minimal impairment [test]" (para. 92). In other words, she could not conceive of the possibility of a justification being sufficient for the purposes of s. 1 if reasonable accommodation is possible (para. 75). This correspondence of the concept of reasonable accommodation with the proportionality analysis is not without precedent. In *Eldridge*, at para. 79, this Court stated that, in cases concerning s. 15(1) of the *Canadian Charter*, "reasonable accommodation"

pertinent de signaler que l'appelant n'a jamais contesté le caractère rationnel de la règle du Code de vie interdisant les armes à l'école.

7.2.2 Atteinte minimale

50 La deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité constitue souvent le cœur du débat visant à déterminer si la violation d'un droit protégé par la *Charte canadienne* peut être justifiée. La restriction, qui doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté violée, ne doit pas nécessairement représenter la solution la moins attentatoire. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, notre Cour a défini ce critère de la façon suivante :

> La restriction doit être « minimale » c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation . . .

51 La question doit être abordée de la même façon lorsqu'on est en présence, non pas d'un texte législatif, mais d'une décision rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Il s'agit donc de déterminer si la décision de prohiber le port du kirpan de façon absolue « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ».

52 En considérant cet aspect de l'analyse de la proportionnalité, la juge Lemelin a exprimé l'avis que « [l]'obligation d'offrir un accommodement à cet élève est un corollaire du critère de l'atteinte minimale à ses droits » (par. 92). En d'autres mots, elle ne pouvait concevoir qu'il puisse exister une justification suffisante au sens de l'article premier s'il existe une mesure d'accommodement raisonnable (par. 75). Ce rapprochement entre la notion d'accommodement raisonnable et l'analyse de la proportionnalité n'est d'ailleurs pas sans précédent. En effet, dans *Eldridge*, par. 79, notre Cour a indiqué que, dans les affaires concernant le par. 15(1) de la

was equivalent to the concept of "reasonable limits" provided for in s. 1 of the *Canadian Charter.*

53 In my view, this correspondence between the legal principles is logical. In relation to discrimination, the courts have held that there is a duty to make reasonable accommodation for individuals who are adversely affected by a policy or rule that is neutral on its face, and that this duty extends only to the point at which it causes undue hardship to the party who must perform it. Although it is not necessary to review all the cases on the subject, the analogy with the duty of reasonable accommodation seems to me to be helpful to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to a particular individual, as in the case at bar. In my view, Professor José Woehrling correctly explained the relationship between the duty to accommodate or adapt and the *Oakes* analysis in the following passage:

[TRANSLATION] Anyone seeking to disregard the duty to accommodate must show that it is necessary, in order to achieve a legitimate and important legislative objective, to apply the standard in its entirety, without the exceptions sought by the claimant. More specifically, in the context of s. 1 of the *Canadian Charter*, it is necessary, in applying the test from *R.* v. *Oakes*, to show, in succession, that applying the standard in its entirety constitutes a rational means of achieving the legislative objective, that no other means are available that would be less intrusive in relation to the rights in question (minimal impairment test), and that there is proportionality between the measure's salutary and limiting effects. At a conceptual level, the minimal impairment test, which is central to the section 1 analysis, corresponds in large part with the undue hardship defence against the duty of reasonable accommodation in the context of human rights legislation. This is clear from the Supreme Court's judgment in *Edwards Books*, in which the application of the minimal impairment test led the Court to ask whether the Ontario legislature, in prohibiting stores from opening on Sundays and allowing certain exceptions for stores that were closed on Saturdays, had done enough to accommodate merchants who, for religious

Charte canadienne, la notion d'« accommodement raisonnable » équivaut à celle de « limites raisonnables » prévue par l'article premier de la *Charte canadienne.*

De plus, ce rapprochement des principes juridiques me paraît logique. Il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination qu'il existe une obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des individus qui subissent les effets préjudiciables d'une politique ou d'une règle neutre en apparence, et ce, jusqu'au point où le respect de cette obligation entraîne des contraintes excessives pour la partie qui est tenue d'instaurer les mesures d'accommodement. Sans qu'il soit pour autant nécessaire d'intégrer toute la jurisprudence s'y rapportant, l'analogie avec l'obligation d'accommodement raisonnable me paraît utile pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier, comme c'est le cas en l'espèce. À mon avis, le professeur José Woehrling a bien situé l'obligation d'accommodement ou d'adaptation par rapport à l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes* dans l'extrait suivant :

Celui qui veut repousser l'obligation d'accommodement doit démontrer que l'application intégrale de la norme, sans les exceptions réclamées par le demandeur, est nécessaire pour atteindre un objectif législatif légitime et important. Plus précisément, sous l'empire de l'article 1 de la *Charte canadienne*, en appliquant le test de l'arrêt *R.* c. *Oakes*, il faudra démontrer successivement que l'application entière de la norme constitue un moyen rationnel d'atteindre l'objectif législatif; qu'il n'existe pas de moyens d'y parvenir qui soient moins attentatoires aux droits en cause (critère de l'atteinte minimale); enfin, qu'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de la mesure et ses effets restrictifs. En fait, le critère de l'atteinte minimale, qui est au cœur du test de l'article 1, correspond en grande partie, pour ce qui est des concepts, à la défense de contrainte excessive qui permet de s'opposer à l'obligation d'accommodement raisonnable dans le cadre des lois sur les droits de la personne. C'est ce qui ressort du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Edwards Books*, où l'application du critère de l'atteinte minimale amène la Cour à se demander si le législateur ontarien, en interdisant l'ouverture des magasins le dimanche et en prévoyant certaines exceptions pour ceux qui ferment déjà le samedi, a suffisamment fait d'efforts pour

reasons, had to observe a day of rest on a day other than Sunday.

(J. Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325, at p. 360)

The council of commissioners' decision establishes an absolute prohibition against Gurbaj Singh wearing his kirpan to school. The respondents contend that this prohibition is necessary, because the presence of the kirpan at the school poses numerous risks for the school's pupils and staff. It is important to note that Gurbaj Singh has never claimed a right to wear his kirpan to school without restrictions. Rather, he says that he is prepared to wear his kirpan under the above-mentioned conditions imposed by Grenier J. of the Superior Court. Thus, the issue is whether the respondents have succeeded in demonstrating that an absolute prohibition is justified.

According to the CSMB, to allow the kirpan to be worn to school entails the risks that it could be used for violent purposes by the person wearing it or by another student who takes it away from him, that it could lead to a proliferation of weapons at the school, and that its presence could have a negative impact on the school environment. In support of this last point, the CSMB submits that the kirpan is a symbol of violence and that it sends the message that the use of force is the way to assert rights and resolve conflicts, in addition to undermining the perception of safety and compromising the spirit of fairness that should prevail in schools, in that its presence suggests the existence of a double standard. Let us look at those arguments.

7.2.2.1 *Safety in Schools*

According to the respondents, the presence of kirpans in schools, even under certain conditions, creates a risk that they will be used for violent purposes, either by those who wear them or by other students who might take hold of them by force.

accommoder les commerçants qui, pour des raisons religieuses, doivent respecter un jour de repos autre que le dimanche.

(J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 360)

54 La décision du conseil des commissaires empêche de façon absolue Gurbaj Singh de porter son kirpan à l'école. Les intimés estiment que cette prohibition est nécessaire, pour le motif que la présence du kirpan à l'école crée de nombreux risques pour les élèves et les membres du personnel. Il est important de souligner que Gurbaj Singh n'a jamais revendiqué le droit de porter son kirpan à l'école sans aucune restriction. Il dit plutôt qu'il est prêt à porter son kirpan aux conditions imposées par la juge Grenier de la Cour supérieure et mentionnées plus haut. Il s'agit donc de déterminer si les intimés ont réussi à démontrer qu'une prohibition absolue est justifiée.

55 La CSMB explique que le fait de permettre le port du kirpan à l'école entraîne le risque que ce dernier soit utilisé à des fins violentes par celui qui le porte ou par un autre élève qui s'en emparerait, que cela mène à une prolifération des armes à l'école et que la présence du kirpan affecte négativement l'environnement scolaire. En ce qui a trait à ce dernier point, la CSMB soutient que cet objet représente un symbole de violence, envoie le message que le recours à la force est le moyen de faire valoir ses droits et régler les conflits, en plus de porter atteinte à la perception de sécurité et au climat de justice qui doit régner dans les écoles, du fait que sa présence suggère l'existence d'un régime deux poids-deux mesures. Analysons ces arguments.

7.2.2.1 *Sécurité dans les écoles*

56 Selon les intimés, la présence du kirpan dans les écoles, même assortie de certaines conditions, crée le danger que ce dernier soit utilisé à des fins violentes, que ce soit par celui qui le porte ou par un autre élève qui pourrait s'en emparer par la force.

57 The evidence shows that Gurbaj Singh does not have behavioural problems and has never resorted to violence at school. The risk that this particular student would use his kirpan for violent purposes seems highly unlikely to me. In fact, the CSMB has never argued that there was a risk of his doing so.

58 As for the risk of another student taking his kirpan away from him, it also seems to me to be quite low, especially if the kirpan is worn under conditions such as were imposed by Grenier J. of the Superior Court. In the instant case, if the kirpan were worn in accordance with those conditions, any student wanting to take it away from Gurbaj Singh would first have to physically restrain him, then search through his clothes, remove the sheath from his guthra, and try to unstitch or tear open the cloth enclosing the sheath in order to get to the kirpan. There is no question that a student who wanted to commit an act of violence could find another way to obtain a weapon, such as bringing one in from outside the school. Furthermore, there are many objects in schools that could be used to commit violent acts and that are much more easily obtained by students, such as scissors, pencils and baseball bats.

59 In her brief reasons, Grenier J. explained that her decision was based in part on the fact that [TRANSLATION] "the evidence revealed no instances of violent incidents involving kirpans in schools in Quebec" and on "the state of Canadian and American law on this matter" (para. 6). In fact, the evidence in the record suggests that, over the 100 years since Sikhs have been attending schools in Canada, not a single violent incident related to the presence of kirpans in schools has been reported. In the reasons for his interim order, Tellier J. stated the following:

> [TRANSLATION] [T]he Court is of the view that the school board would not suffer any major inconvenience if an order were made under conditions required to ensure a safe environment. The Court does not believe that the safety of the environment would be compromised. In argument, it was stated that in the last 100 years, not a single case of kirpan-related violence has been reported. Moreover, in a school setting, there are usually all sorts of instruments that could be used as

Il ressort de la preuve soumise que Gurbaj Singh ne souffre pas de problèmes de comportement et n'a jamais été violent à l'école. Le risque que cet élève utilise son kirpan à des fins violentes me paraît très improbable et, de fait, la CSMB n'a jamais prétendu qu'un tel risque existait.

Quant au risque qu'un autre élève s'empare du kirpan, il me paraît également très mince, surtout lorsque le port du kirpan est soumis à des conditions comme celles imposées par la juge Grenier de la Cour supérieure. En l'espèce, l'élève qui voudrait s'emparer du kirpan de Gurbaj Singh, s'il est porté conformément à ces conditions, devrait immobiliser physiquement Gurbaj Singh, fouiller sous ses vêtements, enlever le fourreau du guthra et tenter de découdre ou de déchirer l'étoffe renfermant le fourreau afin d'accéder au kirpan. L'élève qui voudrait commettre un acte de violence trouverait sans doute une autre façon de se procurer une arme, par exemple en en apportant une de l'extérieur. De plus, les écoles contiennent une foule d'objets susceptibles de servir à commettre des actes de violence et beaucoup plus faciles d'accès aux élèves, par exemple des ciseaux, des crayons, des bâtons de baseball.

Dans ses courts motifs, la juge Grenier a précisé que sa décision était fondée, entre autres, sur le fait que « la preuve n'a révélé aucun exemple d'incidents violents impliquant un kirpan au Québec, à l'école » et sur « l'état du droit canadien et américain sur cette question » (par. 6). De fait, la preuve au dossier suggère que, depuis que les Sikhs fréquentent les écoles canadiennes, soit depuis une centaine d'années, aucun fait violent relié à la présence de kirpans dans les écoles n'a été signalé. Dans les motifs de son ordonnance intérimaire, le juge Tellier s'exprime ainsi : .

> [L]e Tribunal est d'avis que la Commission scolaire ne subirait pas d'inconvénients majeurs si une ordonnance était rendue avec les modalités voulues pour assurer la sécurité du milieu. Le Tribunal ne croît pas que la sécurité du milieu serait compromise. Au cours des arguments, il a été affirmé que depuis 100 ans, aucun cas de violence relié au port du kirpan n'a été rapporté. En outre, dans un milieu scolaire, il y a normalement toutes sortes d'instruments qui peuvent devenir une arme

weapons during a violent incident, including compasses, drawing implements and sports equipment, such as baseball bats.

(*Multani (Tuteur de) v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2002] Q.J. No. 619 (QL) (Sup. Ct.), at para. 28)

The lack of evidence of risks related to the wearing of kirpans was also noted in 1990 by a board of inquiry of the Ontario Human Rights Commission, which considered the presence of kirpans in schools in great depth in *Pandori v. Peel Bd. of Education* (1990), 12 C.H.R.R. D/364; its decision was affirmed by the Ontario Divisional Court in *Peel Board of Education v. Ontario Human Rights Commission* (1991), 3 O.R. (3d) 531, and leave to appeal was refused by the Ontario Court of Appeal. The board of inquiry allowed kirpans to be worn in Ontario schools under conditions similar to the ones imposed by Grenier J. of the Quebec Superior Court. The board noted that there had been no incidents involving kirpans in Canadian schools (at para. 176):

Respondent has underscored that a kirpan could have the function of a weapon, but did not establish that a student had in fact so used it. In fact, there is not a single incident to which the respondent could point when the kirpan was used on school property or its environs — either in Peel or anywhere in Ontario or even all of Canada. Since Sikhs, and Khalsa among others, have been in this country for nearly a hundred years, this is a record worth considering.

The decision was affirmed by the Ontario Divisional Court, which stated the following (at p. 535):

We can see no error in principle in the way it applied its judgment to the facts of this case, particularly in light of the lack of any incident of kirpan-related violence in any school system.

While noting the lack of kirpan-related incidents in schools, the Divisional Court summarized the evidence submitted to it regarding the violent use of kirpans in locations other than schools as follows (at pp. 532-33):

et qui peuvent servir à un événement violent, compas, matériel à dessin, articles de sports, tel que bâton de « baseball », etc.

(*Multani (Tuteur de) c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2002] J.Q. nº 619 (QL) (C.S.), par. 28)

60 L'absence de preuve de risques liés au port du kirpan a été également constatée par une commission d'enquête de la Commission ontarienne des droits de la personne qui a fait, en 1990, une étude approfondie de la présence du kirpan dans les écoles dans l'affaire *Pandori c. Peel Bd. of Education* (1990), 12 C.H.R.R. D/364, et dont la décision a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans *Peel Board of Education c. Ontario Human Rights Commission* (1991), 3 O.R. (3d) 531, autorisation d'appel refusée par la Cour d'appel de l'Ontario. La commission d'enquête a permis le port du kirpan dans les écoles de l'Ontario, moyennant le respect de conditions similaires à celles imposées par la juge Grenier de la Cour supérieure du Québec. La commission a signalé l'absence d'incidents liés au kirpan dans les écoles canadiennes (par. 176) :

[TRADUCTION] Le défendeur a signalé qu'un kirpan pouvait servir d'arme, mais il n'a pas établi qu'un élève en avait déjà fait un tel usage. En fait, il n'a pu référer à un seul cas où un kirpan avait été utilisé à l'école ou à proximité — que ce soit dans le comté de Peel ou ailleurs en Ontario, voire au Canada. Étant donné que les Sikhs, et les Khalsas entre autres, habitent le pays depuis près de cent ans, il s'agit d'une donnée pertinente.

Cette décision a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario, qui a affirmé ce qui suit (p. 535) :

[TRADUCTION] Nous ne constatons aucune erreur de principe quant à la manière dont il a soupesé les faits de l'espèce, d'autant plus qu'aucun incident lié à l'utilisation offensive du kirpan n'était survenu dans un réseau scolaire.

Tout en mentionnant l'absence d'incidents liés au kirpan dans les écoles, la Cour divisionnaire a résumé ainsi la preuve qui lui a été soumise concernant l'utilisation violente du kirpan en dehors du milieu scolaire (p. 532-533) :

There have been, in the Metropolitan Toronto area, three reported incidents of violent kirpan use. One involved a plea of guilty to attempted murder after a stabbing with a kirpan. In one street fight, a man was stabbed in the back with a kirpan. In one case, a kirpan was drawn for defensive purposes.

None of these incidents was associated with any school. The only incident associated with a school was when a 10-year-old Sikh boy, walking home from school, was assaulted by two older boys. He put his hand on the handle of his kirpan before stepping back and running away, without drawing the kirpan from its sheath.

There is no evidence that a kirpan has ever been drawn or used as a weapon in any school under the board's jurisdiction.

. . .

Sikhs may wear kirpans in schools in Surrey, British Columbia. Although no other Ontario school board has expressly addressed the issue with the same depth as the Peel board, students may wear kirpans in the North York Board of Education and the Etobicoke Board of Education (which has a limit of six inches in size). No school boards in the Metropolitan Toronto area have a policy prohibiting or restricting kirpans. There is no evidence that kirpans have sparked a violent incident in any school, no evidence that any other school board in Canada bans kirpans, and no evidence of a student anywhere in Canada using a kirpan as a weapon.

61 The parties introduced into evidence several newspaper articles confirming the lack of incidents involving kirpans. An article published in the March 23, 2002 edition of *The Globe and Mail* refers to the 1990 Ontario decision and mentions that there is no evidence of a growing danger since that time. In an article appearing in *The Gazette* on May 16, 2002, Surrey School District spokeswoman Muriel Wilson is quoted as saying, "We have a strict zero-tolerance policy on weapons or something that could be used as a weapon or taken to be a weapon, like a fake gun." But according to her, the kirpan is considered to be a religious symbol, not a weapon: "The key is how things are used. A pen could be used as a weapon, but we're not saying, 'No pens in schools'." The same article

[TRADUCTION] Dans le Grand Toronto, on a signalé trois incidents liés à un usage violent du kirpan. Dans un cas, l'agresseur — qui avait poignardé la victime avec un kirpan — a plaidé coupable à l'accusation de tentative de meurtre. Lors d'un combat de rue, un homme a été poignardé au dos au moyen d'un kirpan. Dans l'autre cas, le kirpan a été brandi à des fins défensives.

Aucun de ces incidents n'était associé au milieu scolaire. Le seul incident lié à une école est celui où un garçon sikh de 10 ans avait été agressé par deux garçons plus âgés alors qu'il rentrait chez lui à pied de l'école. Il avait posé la main sur le manche de son kirpan avant de battre en retraite et de prendre la fuite, sans retirer le kirpan de son fourreau.

Aucune preuve n'établit qu'un kirpan a déjà été brandi ou a déjà servi d'arme dans une école relevant du conseil.

. . .

Les Sikhs peuvent porter le kirpan à Surrey, en Colombie-Britannique. Même si aucun autre conseil scolaire ontarien n'a expressément examiné la question de manière aussi approfondie que celui du comté de Peel, les élèves peuvent porter le kirpan dans les écoles des conseils scolaires de North York et d'Etobicoke (qui en limite la longueur à six pouces). Aucun conseil scolaire du Grand Toronto ne s'est doté d'une politique interdisant ou restreignant le port du kirpan. Aucun élément ne prouve que cet objet a été la cause d'un acte de violence dans une école, ni que d'autres conseils scolaires au Canada en interdisent le port, ni que, quelque part au pays, un élève s'en est servi comme d'une arme.

Les parties ont introduit en preuve plusieurs articles de journaux qui confirment l'absence d'incidents concernant les kirpans. Dans un article paru le 23 mars 2002 dans *The Globe and Mail*, on réfère à la décision ontarienne de 1990 et on mentionne qu'aucune preuve ne démontre un accroissement du danger depuis. De plus, dans un article paru dans *The Gazette* le 16 mai 2002, Muriel Wilson, porte-parole pour les écoles du district de Surrey, a dit ceci : [TRADUCTION] « Nous ne tolérons absolument aucune arme ni aucun objet pouvant en tenir lieu ou faire illusion, comme un faux pistolet. » Selon elle, le kirpan est toutefois considéré comme un symbole religieux, et non comme une arme : « [l]e critère est l'usage. Un stylo peut servir d'arme, mais on ne l'interdit pas à l'école. » Dans ce même

mentions that the Peel District School Board now says that the wearing of kirpans "[is] truly not an issue" and that there "has never been an issue or incident, never a complaint or problem" related to wearing kirpans in school since the ban was lifted: "It can work and work really well." An article published in the May 13, 2002 edition of *La Presse* notes that there have been no problems related to the wearing of kirpans in the schools of the Vancouver and Surrey school boards, which have large numbers of Sikh students. Finally, according to an article published in *The Gazette* on February 21, 2002, "Whether a Sikh pupil should be allowed to wear a kirpan to school might be a new issue in Quebec, but it is not in the rest of the country."

article, on fait remarquer que le Conseil scolaire du district de Peel est maintenant d'avis que le port du kirpan [TRADUCTION] « [n'est] vraiment pas un problème » et qu'« [il] n'y a jamais eu de controverse ou d'incident, ni de plainte ou de difficulté » liée au port du kirpan dans les écoles depuis que leur interdiction a été levée : [TRADUCTION] « Ça peut fonctionner, et même très bien fonctionner. » Dans un autre article paru dans *La Presse* le 13 mai 2002, on note l'absence de problèmes liés au port du kirpan dans les écoles des commissions scolaires de Vancouver et de Surrey, lesquelles accueillent de nombreux élèves de religion sikhe. Finalement, le 21 février 2002, dans un article de *The Gazette*, on indique qu'[TRADUCTION] « [I]l se peut que la question de savoir si un élève sikh doit être autorisé à porter le kirpan à l'école soit nouvelle au Québec, mais elle ne l'est pas ailleurs au pays. »

The respondents maintain that freedom of religion can be limited even in the absence of evidence of a real risk of significant harm, since it is not necessary to wait for the harm to occur before correcting the situation. They submit that the same line of reasoning that was followed in *Hothi v. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) (aff'd [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.)), and *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Can. Trib.), in which the wearing of kirpans was prohibited in courts and on airplanes, should apply in this case. As was mentioned above, Lemelin J. of the Court of Appeal pointed out that safety concerns are no less serious in schools.

62 Les intimés affirment que la liberté de religion peut être restreinte, et ce, même en l'absence de preuve d'un risque réel de préjudice important, puisqu'il n'est pas nécessaire d'attendre que le préjudice se concrétise pour corriger la situation. Ils soutiennent que le même raisonnement qui a été suivi dans les affaires *Hothi c. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256 (B.R. Man.) (conf. [1986] 3 W.W.R. 671 (C.A. Man.)), et *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Trib. can.), où le port du kirpan a été interdit dans les cours de justice et les avions, doit être appliqué en l'espèce. Comme il a été indiqué plus tôt, la juge Lemelin de la Cour d'appel a fait remarquer que les impératifs de sécurité ne sont pas moindres dans les écoles.

There can be no doubt that safety is just as important in schools as it is on airplanes and in courts. However, it is important to remember that the specific context must always be borne in mind in resolving the issue. In *Nijjar*, Mr. Nijjar's complaint that he had been denied the right to wear his kirpan aboard a Canada 3000 Airlines aircraft was dismissed because, *inter alia*, he had failed to demonstrate that wearing a kirpan in a manner consistent with Canada 3000's policies would be contrary to his religious beliefs. It was apparent from Mr. Nijjar's testimony that wearing one particular type of kirpan rather than another was a matter of

63 Il ne fait aucun doute que la sécurité est une considération tout aussi importante dans les écoles que dans les avions et les cours de justice. Par contre, il est important de se rappeler que la question doit toujours être tranchée au regard de son contexte particulier. Dans *Nijjar*, la plainte de M. Nijjar selon laquelle on lui avait refusé le droit de porter son kirpan à bord d'un avion de Canada 3000 a été rejetée, notamment parce que l'intéressé n'avait pas démontré que le port d'un kirpan conforme à la politique de Canada 3000 contreviendrait à ses croyances religieuses. Il ressortait de son témoignage que le port d'un kirpan d'un type particulier et non d'un autre

personal preference, not of religious belief. While it concluded that Mr. Nijjar had not been discriminated against on the basis of his religion, the Canadian Human Rights Tribunal did nevertheless consider the issue of reasonable accommodation. It made the following comment at para. 123 of its decision:

> In assessing whether or not the respondent's weapons policy can be modified so as to accommodate Sikhs detrimentally affected, consideration must be given to the environment in which the rule must be applied. In this regard, we are satisfied that aircraft present a unique environment. Groups of strangers are brought together and are required to stay together, in confined spaces, for prolonged periods of time. Emergency medical and police assistance are not readily accessible.

Then, at para. 125, the Tribunal distinguished the case before it from *Pandori*:

> Unlike the school environment in issue in the *Pandori* case, where there is an ongoing relationship between the student and the school and with that a meaningful opportunity to assess the circumstances of the individual seeking the accommodation, air travel involves a transitory population. Significant numbers of people are processed each day, with minimal opportunity for assessment. It will be recalled that Mr. Kinnear testified that Canada 3000 check-in personnel have between forty-five and ninety seconds of contact with each passenger.

64 *Hothi* also involved special circumstances. The judge who prohibited the wearing of a kirpan in the courtroom was hearing the case of an accused charged with assault under s. 245 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Dewar C.J. of the Manitoba Court of Queen's Bench considered (at p. 259) the special nature of courts and stated the following about the prohibition against wearing kirpans in courtrooms:

> [It] serves a transcending public interest that justice be administered in an environment free from any influence which may tend to thwart the process. Possession in the courtroom of weapons, or articles capable of use as such, by parties or others is one such influence.

correspondait à une préférence personnelle plutôt qu'à une croyance religieuse. Concluant que M. Nijjar n'avait pas été victime de discrimination fondée sur sa religion, le Tribunal canadien des droits de la personne a tout de même examiné la question de l'accommodement raisonnable et a fait les constatations suivantes, au par. 123 de sa décision :

> Afin de déterminer si la politique de l'intimée concernant les armes peut être modifiée par mesure d'accommodement envers les Sikhs auxquels elle est préjudiciable, il faut examiner le milieu dans lequel la règle doit être appliquée. À cet égard, nous sommes convaincus qu'un avion représente un milieu unique. Un certain nombre d'individus sont regroupés et doivent demeurer ensemble, dans un espace clos, pendant une période prolongée. Les services médicaux et la police ne sont pas facilement accessibles en cas d'urgence.

Puis, au par. 125, le Tribunal a distingué le cas dont il était saisi de l'affaire *Pandori* :

> Contrairement au milieu scolaire en cause dans *Pandori*, où il existe une relation durable entre l'élève et l'école et, ce faisant, une possibilité réelle d'évaluer la situation de l'individu qui demande l'accommodement, le secteur du transport aérien dessert une population qui se déplace. On traite chaque jour avec un grand nombre d'individus qu'on n'a guère l'occasion d'évaluer. On se souviendra que, dans son témoignage, M. Kinnear a indiqué que le personnel de Canada 3000 préposé à l'embarquement est en contact avec chaque passager durant quarante-cinq à quatre-vingt-dix secondes.

De même, l'affaire *Hothi* présente elle aussi des circonstances particulières. En effet, le juge qui a interdit le port du kirpan dans la salle d'audience avait devant lui une personne accusée de voies de fait en vertu de l'art. 245 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le juge en chef Dewar de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a considéré (à la p. 259) la nature particulière des cours de justice et a déclaré que l'interdiction de porter un kirpan dans une salle d'audience

> [TRADUCTION] vise à protéger l'intérêt public supérieur voulant que la justice soit administrée dans un contexte exempt de toute influence susceptible de mettre le processus en échec. Le fait qu'une partie ou une autre personne présente dans la salle d'audience a en sa possession une arme ou un objet pouvant en tenir lieu constitue une telle influence.

The facts in the case at bar are more similar to the facts in *Pandori* than to those in *Nijjar* and *Hothi*. The school environment is a unique one that permits relationships to develop among students and staff. These relationships make it possible to better control the different types of situations that arise in schools. The Ontario board of inquiry commented on the special nature of the school environment in *Pandori*, at para. 197:

> Courts and schools are not comparable institutions. One is a tightly circumscribed environment in which contending elements, adversarially aligned, strive to obtain justice as they see it, with judge and/or jury determining the final outcome. Schools on the other hand are living communities which, while subject to some controls, engage in the enterprise of education in which both teachers and students are partners. Also, a court appearance is temporary (a Khalsa Sikh could conceivably deal with the prohibition of the kirpan as he/she would on an airplane ride) and is therefore not comparable to the years a student spends in the school system.

Although there is no need in the instant case for this Court to compare the desirable level of safety in a given environment with the desirable level in a school environment, these decisions show that each environment is a special case with its own unique characteristics that justify a different level of safety, depending on the circumstances.

Returning to the respondents' argument, I agree that it is not necessary to wait for harm to be done before acting, but the existence of concerns relating to safety must be unequivocally established for the infringement of a constitutional right to be justified. Given the evidence in the record, it is my opinion that the respondents' argument in support of an absolute prohibition — namely that kirpans are inherently dangerous — must fail.

7.2.2.2 *Proliferation of Weapons in Schools*

The respondents also contend that allowing Gurbaj Singh to wear his kirpan to school could have a ripple effect. They submit that other students who learn that orthodox Sikhs may wear their

65 Les faits du présent pourvoi ressemblent davantage à ceux de l'affaire *Pandori* qu'à ceux des affaires *Nijjar* et *Hothi*. Le milieu scolaire constitue un environnement unique, propice au développement de relations entre les élèves et le personnel. Ce type de relations permet de mieux gérer les différentes situations qui surviennent dans les écoles. La commission d'enquête ontarienne a d'ailleurs fait état du milieu particulier que constituent les écoles, dans l'affaire *Pandori*, par. 197 :

> [TRADUCTION] On ne peut comparer l'école à une cour de justice. Cette dernière est un lieu bien délimité où les plaideurs, placés de manière à s'opposer, tentent d'obtenir justice de leurs points de vue, un juge ou un jury, ou les deux, décidant de l'issue finale. Par contre, une école est un milieu de vie où enseignants et élèves sont appelés à collaborer dans le cadre de sa mission éducative, sous réserve de certains contrôles. Aussi, la présence devant le tribunal est temporaire (un Sikh Khalsa pourrait théoriquement composer avec l'interdiction du kirpan comme il ferait pendant un vol en avion) et ne se compare donc pas aux années que passe un élève à l'école.

66 Bien que, en l'espèce, notre Cour n'ait pas à comparer le niveau de sécurité souhaitable dans un environnement donné avec celui du milieu scolaire, ces décisions démontrent que chaque milieu est particulier et possède des caractéristiques qui lui sont propres et qui justifieront un niveau de sécurité différent selon les circonstances.

67 Pour revenir à la prétention des intimés, je conviens qu'il n'est pas nécessaire d'attendre pour agir qu'un préjudice ait été causé, mais l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité doit être solidement établie pour qu'il soit justifié de porter atteinte à un droit constitutionnel. Considérant la preuve au dossier, je suis d'avis que l'argument invoqué par les intimés à l'appui d'une prohibition absolue — à savoir la dangerosité inhérente du kirpan — ne peut être retenu.

7.2.2.2 *Prolifération des armes dans les écoles*

68 Les intimés prétendent de plus que le fait de permettre à Gurbaj Singh de porter son kirpan à l'école pourrait avoir un effet d'entraînement. Ils soutiennent que les autres élèves qui apprendront que les

kirpans will feel the need to arm themselves so that they can defend themselves if attacked by a student wearing a kirpan.

69 This argument is essentially based on the one discussed above, namely that kirpans in school pose a safety risk to other students, forcing them to arm themselves in turn in order to defend themselves. For the reasons given above, I am of the view that the evidence does not support this argument. It is purely speculative and cannot be accepted in the instant case: see *Eldridge*, at para. 89. Moreover, this argument merges with the next one, which relates more specifically to the risk of poisoning the school environment. I will therefore continue with the analysis.

7.2.2.3 *Negative Impact on the School Environment*

70 The respondents submit that the presence of kirpans in schools will contribute to a poisoning of the school environment. They maintain that the kirpan is a symbol of violence and that it sends the message that using force is the way to assert rights and resolve conflict, compromises the perception of safety in schools and establishes a double standard.

71 The argument that the wearing of kirpans should be prohibited because the kirpan is a symbol of violence and because it sends the message that using force is necessary to assert rights and resolve conflict must fail. Not only is this assertion contradicted by the evidence regarding the symbolic nature of the kirpan, it is also disrespectful to believers in the Sikh religion and does not take into account Canadian values based on multiculturalism.

72 As for the submissions based on the other students' perception regarding safety and on feelings of unfairness that they might experience, these appear to stem from the affidavit of psychoeducator Denis Leclerc, who gave his opinion concerning a study in which he took part that involved, *inter alia*, questioning students and staff from 14 high schools belonging to the CSMB about the

Sikhs orthodoxes peuvent porter leur kirpan éprouveront le besoin de s'armer afin de pouvoir se défendre en cas d'attaque par un élève portant un kirpan.

Cet argument repose essentiellement sur la prétention examinée précédemment, selon laquelle la présence du kirpan dans l'école représente un risque pour la sécurité des autres élèves, les forçant à s'armer à leur tour pour se défendre. Pour les motifs déjà exprimés, je suis d'avis que la preuve n'étaye pas cette prétention; elle ne relève que de la spéculation et ne saurait être retenue en l'espèce : voir *Eldridge*, par. 89. De plus, cet argument se confond avec le suivant, qui traite plus particulièrement du risque d'empoisonnement de l'environnement scolaire. Je poursuis donc l'analyse.

7.2.2.3 *Répercussions négatives sur l'environnement scolaire*

Les intimés soutiennent que la présence du kirpan dans l'école contribuera à empoisonner l'environnement scolaire. Ils affirment que le kirpan représente un symbole de violence, envoie le message que le recours à la force est le moyen de faire valoir ses droits et régler les conflits, diminue la perception de sécurité dans les écoles et établit un régime à deux poids-deux mesures.

L'argument selon lequel le port du kirpan devrait être interdit parce qu'il représente un symbole de violence et envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits et régler les conflits doit être rejeté. Cette prétention est non seulement contraire à la preuve concernant la nature symbolique du kirpan, mais elle est également irrespectueuse envers les fidèles de la religion sikhe et ne tient pas compte des valeurs canadiennes fondées sur le multiculturalisme.

Pour ce qui est des arguments fondés sur la perception du climat de sécurité et sur le sentiment d'injustice que pourraient ressentir les autres élèves, ces prétentions semblent basées sur l'affidavit de Denis Leclerc, psychoéducateur, qui a exprimé son opinion concernant une étude à laquelle il a participé et qui consistait notamment à interroger les élèves et membres du personnel de 14 écoles

socio-educational environment in schools. The results of the study seem to show that there is a mixed or negative perception regarding safety in schools. It should be noted that this study did not directly address kirpans, but was instead a general examination of the situation in schools in terms of safety. Mr. Leclerc is of the opinion that the presence of kirpans in schools would heighten this impression that the schools are unsafe. He also believes that allowing Gurbaj Singh to wear a kirpan would engender a feeling of unfairness among the students, who would perceive this permission as special treatment. He mentions, for example, that some students still consider the right of Muslim women to wear the chador to be unfair, because they themselves are not allowed to wear caps or scarves.

secondaires de la CCMB sur l'environnement socioéducatif dans le milieu scolaire. Les résultats de cette étude semblent révéler une perception mitigée ou négative quant au climat de sécurité qui règne dans les écoles. Il convient de souligner que cette étude ne portait pas directement sur les kirpans, mais constituait plutôt un examen général de la situation dans les écoles en matière de sécurité. Monsieur Leclerc est d'avis que la présence de kirpans dans les écoles accroîtrait cette impression d'insécurité dans les écoles. Il estime également que le fait de permettre à Gurbaj Singh de porter le kirpan créerait un sentiment d'injustice chez les élèves, qui percevraient cette permission comme un traitement spécial. Il mentionne, par exemple, que certains élèves continuent de considérer le droit des femmes musulmanes de porter le tchador comme une injustice, étant donné qu'on leur interdit de porter la casquette ou un foulard.

It should be noted that, in a letter submitted to counsel for the appellants, psychologist Mathieu Gattuso indicated that, in light of the generally accepted principles concerning expert evidence, Denis Leclerc's affidavit does not constitute an expert opinion. It is clear from the examination of Mr. Leclerc that he did not study the situation in schools that authorize the wearing of kirpans and that, in his affidavit, he was merely giving a personal opinion.

73 Il y a lieu de noter que, dans une lettre soumise au procureur des appelants, le psychologue Mathieu Gattuso a indiqué qu'à la lumière des règles généralement reconnues en matière d'expertise, l'affidavit de Denis Leclerc ne constitue pas une expertise. L'interrogatoire de M. Leclerc confirme d'ailleurs qu'il n'a pas étudié la situation dans les écoles qui autorisent le port du kirpan et que, dans son affidavit, il ne fait qu'exprimer son opinion personnelle.

With respect for the view of the Court of Appeal, I cannot accept Denis Leclerc's position. Among other concerns, the example he presents concerning the chador is particularly revealing. To equate a religious obligation such as wearing the chador with the desire of certain students to wear caps is indicative of a simplistic view of freedom of religion that is incompatible with the *Canadian Charter*. Moreover, his opinion seems to be based on the firm belief that the kirpan is, by its true nature, a weapon. The CSMB itself vigorously defends this same position. For example, it states the following in its factum (at paras. 37-38):

74 Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la Cour d'appel, je suis d'avis qu'on ne saurait retenir la position de Denis Leclerc. Entre autres, l'exemple qu'il présente concernant le tchador est plutôt révélateur. Assimiler une obligation religieuse telle que le port du tchador au désir qu'éprouvent certains élèves de porter une casquette témoigne d'un regard réducteur sur la liberté de religion, attitude qui n'est pas compatible avec la *Charte canadienne*. De plus, son opinion semble fondée sur l'idée bien arrêtée que, de par sa nature véritable, le kirpan est une arme. La CSMB défend elle aussi cette position avec vigueur. Par exemple, elle affirme ce qui suit dans son mémoire (par. 37-38) :

[TRANSLATION] Although kirpans were presented to the trial judge at the hearing, she failed to rule on the

Bien qu'à l'audience des kirpans aient été présentés à la juge de première instance, celle-ci a omis de se

true nature of the kirpan. On the contrary, she seemed, in light of her comments, to accept the appellants' argument that in today's world, the kirpan has only symbolic value for Sikhs.

Yet whatever it may symbolize, the kirpan is still essentially a dagger, a weapon designed to kill, intimidate or threaten others. [Emphasis added.]

These assertions strip the kirpan of any religious significance and leave no room for accommodation. The CSMB also makes the following statement (at para. 51):

[TRANSLATION] It is thus a paralogism . . . to liken a weapon to all objects whose purpose is not to kill or wound but that could potentially be used as weapons, such as compasses, paper cutters, baseball bats, sporting equipment, or cars. Does this mean that we should stop studying geometry or playing baseball?

75 The appellants are perhaps right to state that the only possible explanation for the acceptance of these other potentially dangerous objects in schools is that the respondents consider the activities in which those objects are used to be important, while accommodating the religious beliefs of the appellant's son is not.

76 Religious tolerance is a very important value of Canadian society. If some students consider it unfair that Gurbaj Singh may wear his kirpan to school while they are not allowed to have knives in their possession, it is incumbent on the schools to discharge their obligation to instil in their students this value that is, as I will explain in the next section, at the very foundation of our democracy.

77 In my opinion, the respondents have failed to demonstrate that it would be reasonable to conclude that an absolute prohibition against wearing a kirpan minimally impairs Gurbaj Singh's rights.

7.2.3 Effects of the Measure

78 Since we have found that the council of commissioners' decision is not a reasonable limit on

prononcer sur la nature véritable du kirpan. La juge, au contraire, a semblé avaliser, selon ses observations, la thèse des appelants selon laquelle le kirpan ne revêt plus aujourd'hui qu'une valeur symbolique pour le sikh.

Or, quelle que soit la symbolique, le kirpan demeure essentiellement un poignard, une arme conçue pour tuer quelqu'un, l'intimider ou le menacer. [Je souligne.]

Ces prétentions enlèvent au kirpan tout caractère religieux et n'admettent aucune possibilité d'accommodement. La CSMB ajoute également ceci (par. 51) :

C'est donc un paralogisme [. . .] d'assimiler une arme à tous les objets dont la finalité n'est ni de tuer ou de blesser mais qui, à l'occasion, pourraient être utilisés comme armes tels les compas, les coupe-papier, les bâtons de baseball, des pièces d'équipement sportif, les automobiles, etc. . . Faudrait-il pour autant cesser d'étudier la géométrie, de jouer au baseball?

Les appelants ont peut-être raison lorsqu'ils affirment que l'acceptation de ces autres objets potentiellement dangereux en milieu scolaire ne peut s'expliquer que par le fait que les intimés considèrent importantes les activités dans lesquelles ces objets sont utilisés alors que l'accommodement de la croyance religieuse du fils de l'appelant ne l'est pas.

La tolérance religieuse constitue une valeur très importante au sein de la société canadienne. Si des élèves considèrent injuste que Gurbaj Singh puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie, comme je l'expliquerai dans la section qui suit.

Je suis d'avis que les intimés n'ont pas réussi à démontrer qu'il serait raisonnable de conclure que la prohibition absolue du port du kirpan constitue une atteinte minimale aux droits de Gurbaj Singh.

7.2.3 Effets de la mesure

Comme nous avons jugé que la décision du conseil des commissaires ne constitue pas une

religious freedom, it is not strictly necessary to weigh the deleterious effects of this measure against its salutary effects. I do believe, however, like the intervener Canadian Civil Liberties Association, that it is important to consider some effects that could result from an absolute prohibition. An absolute prohibition would stifle the promotion of values such as multiculturalism, diversity, and the development of an educational culture respectful of the rights of others. This Court has on numerous occasions reiterated the importance of these values. For example, in *Ross*, the Court stated the following, at para. 42:

> A school is a communication centre for a whole range of values and aspirations of a society. In large part, it defines the values that transcend society through the educational medium. The school is an arena for the exchange of ideas and must, therefore, be premised upon principles of tolerance and impartiality so that all persons within the school environment feel equally free to participate.

In *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at para. 3, the Court made the following observation:

> [S]chools . . . have a duty to foster the respect of their students for the constitutional rights of all members of society. Learning respect for those rights is essential to our democratic society and should be part of the education of all students. These values are best taught by example and may be undermined if the students' rights are ignored by those in authority.

Then, in *Trinity Western University*, the Court stated the following, at para. 13:

> Our Court [has] accepted . . . that teachers are a medium for the transmission of values. . . . Schools are meant to develop civic virtue and responsible citizenship, to educate in an environment free of bias, prejudice and intolerance.

A total prohibition against wearing a kirpan to school undermines the value of this religious symbol and sends students the message that some religious practices do not merit the same protection as others. On the other hand, accommodating Gurbaj Singh and allowing him to wear his kirpan under certain conditions demonstrates the importance

restriction raisonnable de la liberté de religion, il n'est pas strictement nécessaire de soupeser les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de cette mesure. Je crois cependant, à l'instar de l'intervenante Association canadienne des libertés civiles, qu'il est important de considérer certains effets susceptibles de découler d'une prohibition absolue. Une telle prohibition empêche la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité et le développement d'une culture éducationnelle respectueuse des droits d'autrui. Notre Cour a maintes fois réitéré l'importance de ces valeurs. Dans *Ross*, par exemple, elle a écrit ceci, au par. 42 :

> Une école est un centre de communication de toute une gamme de valeurs et d'aspirations sociales. Par l'entremise de l'éducation, elle définit, dans une large mesure, les valeurs qui transcendent la société. Lieu d'échange d'idées, l'école doit reposer sur des principes de tolérance et d'impartialité de sorte que toutes les personnes qui se trouvent en milieu scolaire se sentent également libres de participer.

Dans *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 3, elle a énoncé ce qui suit :

> [L]es écoles ont l'obligation d'inculquer à leurs élèves le respect des droits constitutionnels de tous les membres de la société. L'apprentissage du respect de ces droits est essentiel à notre société démocratique et devrait faire partie de l'éducation de tous les élèves. C'est par l'exemple que ces valeurs se transmettent le mieux, et elles peuvent être minées si les personnes en autorité font fi des droits des élèves.

Puis, dans *Université Trinity Western*, notre Cour a mentionné ceci, au par. 13 :

> [N]otre Cour a reconnu que les enseignants servent d'intermédiaires pour transmettre des valeurs. [. . .] Les écoles sont censées développer le civisme, former des citoyens responsables et offrir un enseignement dans un milieu où les préjugés, le parti pris et l'intolérance n'existent pas.

La prohibition totale de porter le kirpan à l'école dévalorise ce symbole religieux et envoie aux élèves le message que certaines pratiques religieuses ne méritent pas la même protection que d'autres. Au contraire, le fait de prendre une mesure d'accommodement en faveur de Gurbaj Singh et de lui permettre de porter son kirpan sous réserve de 79

that our society attaches to protecting freedom of religion and to showing respect for its minorities. The deleterious effects of a total prohibition thus outweigh its salutary effects.

8. Section 15(1) of the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*

80 Having found that the commissioners' decision infringes Gurbaj Singh's freedom of religion and that this infringement cannot be justified in a free and democratic society, I believe it is unnecessary to consider the alleged violation of s. 15 of the *Canadian Charter*. I am also of the view that a separate analysis with respect to the *Quebec Charter* is not necessary in the circumstances of the case.

9. Remedy

81 Section 24(1) of the *Canadian Charter* reads as follows:

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

82 Given that Gurbaj Singh no longer attends Sainte-Catherine-Labouré school, it would not be appropriate to restore the judgment of the Superior Court, as requested by the appellants. The Court accordingly considers that the appropriate and just remedy is to declare the decision prohibiting Gurbaj Singh from wearing his kirpan to be null.

10. Disposition

83 I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and declare the decision of the council of commissioners to be null, with costs throughout.

English version of the reasons delivered by

84 DESCHAMPS AND ABELLA JJ. — This case raises two issues. The first relates to the right of a Sikh student to wear his kirpan to school; the second

certaines conditions démontre l'importance que notre société accorde à la protection de la liberté de religion et au respect des minorités qui la composent. Les effets préjudiciables de l'interdiction totale surpassent donc ses effets bénéfiques.

8. Paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne* et *Charte québécoise*

Ayant conclu que la décision des commissaires violait la liberté de religion de Gurbaj Singh et que cette violation ne pouvait être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner la prétendue violation de l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Je suis également d'avis qu'une analyse distincte, au regard de la *Charte québécoise*, ne s'avère pas nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

9. La réparation

Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne* dispose :

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

Étant donné que Gurbaj Singh ne fréquente plus l'école Sainte-Catherine-Labouré, il n'y a pas lieu de rétablir le jugement de la Cour supérieure, comme le demandent les appelants. La réparation que la Cour estime convenable et juste consiste donc à déclarer nulle la décision prohibant à Gurbaj Singh de porter son kirpan.

10. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de déclarer nulle, la décision du conseil des commissaires, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES DESCHAMPS ET ABELLA — Le présent litige soulève deux questions. La première concerne le droit d'un élève sikh de porter son kirpan à l'école

concerns the relationship between administrative law and constitutional law in the context of human rights litigation.

We have come to the same conclusion as Charron J. but do not agree with her approach. In our view, the case is more appropriately decided by recourse to an administrative law review than to a constitutional law justification. Two main reasons dictate that an administrative law review be conducted. First, the purpose of constitutional justification is to assess a norm of general application, such as a statute or regulation. The analytical approach developed uniquely for that purpose is not easily transportable where what must be assessed is the validity of an administrative body's decision, even on a human rights question. In such a case, an administrative law analysis is called for. Second, basing the analysis on the principles of administrative law averts the problems that result from blurring the distinction between the principles of constitutional justification and the principles of administrative law, and prevents the impairment of the analytical tools developed specifically for each of these fields.

In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 56, the Court recognized that an administrative law analysis does not exclude, but incorporates, arguments relating to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"):

> 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. However, though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

et la deuxième le rapport entre le droit administratif et le droit constitutionnel, dans le contexte d'un litige fondé sur les droits de la personne.

La conclusion à laquelle nous arrivons ne diffère pas de celle de la juge Charron, mais nous ne pouvons nous rallier à sa démarche. À notre avis, le litige est résolu de façon plus adéquate en ayant recours aux règles de la révision judiciaire du droit administratif plutôt qu'à celles de la justification constitutionnelle. Deux motifs principaux commandent, selon nous, d'appliquer une analyse fondée sur le droit administratif. Premièrement, le recours à la justification constitutionnelle est conçu pour évaluer une norme d'application générale, comme une loi ou un règlement. La grille d'analyse élaborée spécifiquement dans ce contexte ne peut être importée facilement lorsqu'il s'agit d'évaluer la validité d'une décision rendue par un organisme administratif même lorsqu'il s'agit d'une question mettant en cause des droits de la personne. Dans un tel cas, c'est l'analyse du droit administratif qui est la mieux adaptée. Deuxièmement, le choix de l'analyse fondée sur les règles du droit administratif permet d'éviter les difficultés inhérentes à la confusion des règles de la justification constitutionnelle et de celles du droit administratif. Il permet aussi de préserver les outils spécifiques développés dans chacun des domaines. 85

Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 56, la Cour a reconnu que l'analyse fondée sur le droit administratif n'exclut pas les arguments reposant sur la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »), elle les incorpore : 86

> 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. Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

Simply put, it is difficult to conceive of an administrative decision being permitted to stand if it violates the *Canadian Charter.* The administrative body's decisions can, indeed must, be judicially reviewed in accordance with the principles of administrative law where they do not have the normative import usually associated with a law. For the reasons that follow, we accordingly believe that it is preferable to adhere to an administrative law analysis where resorting to constitutional justification is neither necessary nor appropriate.

1. Administrative Law Analysis

1.1 *Facts and Judgments Below*

87 A brief review of the facts provides the necessary background. The *Code de vie* (code of conduct) of the school attended by the appellant's son prohibits the carrying of weapons and dangerous objects. The validity of this code is not in issue. Relying on it, the school board — the Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys — prohibited the appellant's son, a Sikh student, from wearing his kirpan — a 20-cm knife with a metal blade — to school. At the time the school board first became involved in this matter, the student claimed the right to wear his kirpan under his clothes. The father and the student offered to wrap the kirpan in cloth. The school board accepted this as a reasonable accommodation. When the father and the student met with school officials, these officials expressed concerns about safety at the school. The governing board of the school refused to ratify the proposed accommodation measure and instead proposed that the student wear a harmless symbolic kirpan. On review, the council of commissioners of the school board endorsed the governing board's position.

88 The father contested the decision on behalf of himself and his son, filing a motion for a declaratory judgment. He initially asked the Superior Court to declare, based on ss. 3 and 10 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and ss. 2 and 15 of the *Canadian Charter*, that his son had the right to wear his kirpan. He also asked the court — in what

En somme, il est difficile de concevoir qu'une décision administrative puisse être maintenue si elle enfreint la *Charte canadienne.* Les décisions de l'organisme peuvent, et même doivent, faire l'objet d'un contrôle judiciaire suivant les règles du droit administratif lorsqu'elles n'ont pas la portée normative habituellement rattachée à une règle de droit. Pour les raisons qui suivent, nous estimons donc qu'il est préférable de s'en tenir à une analyse administrative lorsque le recours à la justification constitutionnelle n'est ni nécessaire, ni approprié.

1. Analyse fondée sur le droit administratif

1.1 *Faits et décisions des juridictions inférieures*

Il est utile de rappeler brièvement les faits. Le Code de vie de l'école fréquentée par le fils de l'appelant prohibe le port d'armes et d'objets dangereux. La validité de ce code n'est toutefois pas mise en question. Se fondant sur le code, la Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys interdit au fils de l'appelant, un élève de religion sikhe, de porter sur lui, à l'école, son kirpan — couteau de 20 cm à lame de métal. Lors de la première intervention de la Commission scolaire, l'élève revendique le droit de porter son kirpan sous ses vêtements. Le père et l'élève offrent d'envelopper le kirpan dans une étoffe. La Commission scolaire accepte cette suggestion à titre d'accommodement raisonnable. À l'occasion d'une rencontre entre le père, l'élève et la direction de l'école, cette dernière exprime ses préoccupations concernant la sécurité à l'école. Le conseil d'établissement de l'école refuse d'entériner la suggestion d'accommodement et propose plutôt le port d'un kirpan symbolique inoffensif. Le conseil des commissaires de la Commission scolaire, en révision, confirme la position du conseil d'établissement.

Le père conteste la décision en son nom et au nom de son fils. Il présente une requête en jugement déclaratoire. Il demande d'abord à la Cour supérieure de déclarer que son fils a le droit de porter son kirpan, invoquant les art. 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), ainsi que les art. 2 et 15 de la *Charte canadienne.* Il demande aussi à

was in fact an offer of accommodation — to declare that the kirpan had to be worn under the student's clothes. Finally, he asked for a declaration that the school board was not entitled to prohibit the kirpan and that its decision was of no force or effect. In the Superior Court, the debate involved further conditions that would permit the concerns about safety at the school to be more effectively taken into account, while preserving the right to freedom of religion. The Superior Court judge stated that, in her view, wearing a symbolic kirpan was not acceptable, and the father and the student agreed to secure the kirpan in a wooden sheath and wrap it in cloth sewn to a shoulder strap ([2002] Q.J. No. 1131 (QL)). The Superior Court included in an order the following accommodation measures:

- the kirpan was to be worn under the student's clothes;
- the kirpan was to be placed in a wooden sheath and wrapped and sewn securely in a sturdy cloth envelope, which was to be sewn to a shoulder strap (guthra);
- the student was required to keep the kirpan in his possession at all times, and its disappearance was to be reported to school authorities immediately;
- school personnel were authorized to verify, in a reasonable fashion, that the conditions for wearing the kirpan were being complied with; and
- if these conditions were not complied with, the student would definitively lose the right to wear a kirpan.

The Superior Court declared the school board's decision prohibiting the wearing of a kirpan to be null.

The school board and the Attorney General of Quebec appealed to the Court of Appeal. While the father and the student were still willing to accept the conditions set by the Superior Court, the

la cour — ce qui est en fait une offre d'accommodement — de déclarer que le kirpan doit être porté sous les vêtements. Enfin, il sollicite une déclaration portant que la Commission scolaire n'a pas le droit de prohiber le kirpan et que sa décision est inopérante. Devant la Cour supérieure, le débat concerne les conditions additionnelles propres à permettre de mieux tenir compte des préoccupations de sécurité à l'école tout en préservant le droit à la liberté de religion. D'une part, la juge de la Cour supérieure indique que, à son avis, le port d'un kirpan symbolique n'est pas acceptable et, d'autre part, le père et l'élève acceptent de protéger le kirpan dans un fourreau de bois et d'envelopper le tout dans une étoffe cousue à une bandoulière ([2002] J.Q. nº 1131 (QL)). La Cour supérieure incorpore dans une ordonnance les mesures d'accommodement suivantes :

- le kirpan est porté sous les vêtements de l'élève;
- le kirpan est placé dans un fourreau de bois, enveloppé et cousu de façon sécuritaire dans une étoffe solide, le tout cousu à une bandoulière (guthra);
- l'élève ne peut se départir de son kirpan et la disparition du kirpan doit être rapportée aux autorités de l'école immédiatement;
- le personnel de l'école peut vérifier de façon raisonnable si les conditions de port du kirpan sont respectées;
- si les conditions ne sont pas respectées, l'élève perd définitivement le droit de porter le kirpan.

La Cour supérieure déclare nulle et inopérante la décision de la Commission scolaire interdisant le port du kirpan.

89 La Commission scolaire et le procureur général du Québec se pourvoient devant la Cour d'appel. Alors que le père et l'élève se montrent toujours prêts à accepter les conditions fixées par la Cour

Attorney General of Quebec and the school board again submitted that the kirpan was a weapon that could legitimately be prohibited in a school setting, that the decision did not infringe freedom of religion, and that the offer to allow the student to wear a symbolic kirpan represented a reasonable accommodation. They added that if the decision did infringe freedom of religion, it was nonetheless justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter* and s. 1 of the *Canadian Charter.*

90 The Court of Appeal first addressed the issue of the applicable standard of review ([2004] Q.J. No. 1904 (QL)). Taking into consideration the four factors of the pragmatic and functional approach, it concluded that the standard of reasonableness should apply. The court then turned to the substantive issue, concluding that the kirpan is a weapon and that although the decision to prohibit a weapon did impair the full exercise of freedom of religion, it was not unreasonable given the school board's obligation to preserve the physical safety of the school community.

91 In this Court, the parties are relying on the same arguments as in the Court of Appeal.

1.2 *Analysis*

1.2.1 Standard of Review

92 In his motion for a declaratory judgment, the student's father contested the validity of the school board's decision. In this Court, the father and the student say that they are still prepared to accept the conditions imposed by the Superior Court. What must be examined in this case, therefore, is the validity of the school board's decision in light of the offer of accommodation made by the father and the student, not the validity of the school's *Code de vie.*

93 Our colleague Charron J. (at para. 20), relying on *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 31, finds that since the dispute concerns the compliance of the school board's decision with the

supérieure, le procureur général du Québec et la Commission scolaire plaident à nouveau que le kirpan est une arme qui peut légitimement être prohibée en milieu scolaire, que cette décision ne porte pas atteinte à la liberté de religion et que l'offre de porter un kirpan symbolique constitue un accommodement raisonnable. Ils ajoutent aussi que, si la décision porte atteinte à la liberté de religion, elle est néanmoins justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* et de l'article premier de la *Charte canadienne.*

La Cour d'appel examine d'abord la question de la norme de contrôle applicable ([2004] R.J.Q. 824). Prenant en considération les quatre facteurs de la méthode pragmatique et fonctionnelle, elle conclut que la norme de la décision raisonnable s'applique. Elle se penche ensuite sur la question de fond. Elle juge que le kirpan est une arme et que la décision de prohiber une arme, même si elle porte atteinte au plein exercice de la liberté de religion, n'est pas déraisonnable, en raison de l'obligation qu'a la Commission scolaire de préserver l'intégrité physique de l'ensemble de la communauté scolaire.

Devant notre Cour, les parties reprennent les arguments plaidés devant la Cour d'appel.

1.2 *Analyse*

1.2.1 La norme de contrôle

Dans sa requête en jugement déclaratoire, le père de l'élève conteste la validité de la décision de la Commission scolaire. Devant notre Cour, le père et l'élève se disent toujours disposés à accepter les conditions imposées par la Cour supérieure. Ce qui doit être examiné, en l'espèce, est donc la validité de la décision de la Commission scolaire au regard de l'offre d'accommodement faite par le père et l'élève et non pas la validité du Code de vie de l'école.

S'appuyant sur l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 31, notre collègue la juge Charron (par. 20) estime que, comme la contestation concerne la conformité de la décision de la

requirements of the *Canadian Charter*, an analysis of the standard of review is unnecessary and that this analysis led the Court of Appeal to an erroneous decision. With respect, we do not believe that *Martin* established a rule that simply raising an argument based on human rights makes administrative law inapplicable, or that all decisions contested under the *Canadian Charter* or provincial human rights legislation are subject to the correctness standard. In *Martin*, the correctness standard applied because the decision concerned the Workers' Compensation Board's authority to determine the validity of a provision of its enabling statute under the *Canadian Charter*.

Commission scolaire aux exigences de la *Charte canadienne*, l'analyse de la norme de contrôle n'est pas nécessaire et a amené la Cour d'appel à rendre une décision erronée. Avec égards pour l'opinion contraire, nous ne croyons pas que l'arrêt *Martin* a établi que le simple fait de soulever un argument fondé sur les droits de la personne a pour effet d'écarter le recours au droit administratif ou que toutes les décisions contestées en vertu de la *Charte canadienne* ou d'une loi provinciale sur les droits de la personne sont assujetties à la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Martin*, l'application de la norme de la décision correcte s'imposait, parce que la décision portait sur le pouvoir de la Workers' Compensation Board de se prononcer sur la validité d'une disposition de sa loi habilitante au regard de la *Charte canadienne*.

Moreover, it should be noted that an administrative law approach was adopted in reviewing decisions made by, respectively, university and school authorities in *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31 ("*T.W.U.*"), and *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86. In those cases, the Court had to determine what standard applied to decisions on issues that unquestionably concerned values protected by the *Canadian Charter*.

94 Il convient d'ailleurs de souligner qu'une démarche fondée sur le droit administratif a été adoptée pour contrôler les décisions d'une administration universitaire et d'une administration scolaire, respectivement, dans les arrêts *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31 (« *U.T.W.* »), et *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86. Dans ces affaires, la Cour devait décider de la norme applicable à des décisions portant sur des questions concernant indubitablement des valeurs protégées par la *Charte canadienne*.

In the case at bar, the Court must determine the standard of deference to be applied to the school board's decision, which had an impact on freedom of religion, the right to equality and the right to physical inviolability. We see no reason to depart from the approach taken in *T.W.U.* and *Chamberlain*.

95 En l'espèce, la Cour doit décider de la norme de déférence applicable à l'égard de la décision de la Commission scolaire, qui met en cause le droit à la liberté de religion, le droit à l'égalité et le droit à l'intégrité physique. Nous ne voyons pas de motif justifiant d'écarter l'approche adoptée dans *U.T.W.* et *Chamberlain*.

The *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, contains no privative clause limiting intervention by the courts. However, the authority to establish rules of conduct in educational institutions is clearly conferred on the governing board by s. 76, while s. 12 authorizes the council of commissioners to reconsider a decision of the governing board. The establishment of an internal appeal mechanism suggests that the

96 La *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3, ne comporte aucune clause privative limitant l'intervention des tribunaux. L'élaboration des règles de conduite dans les établissements scolaires est cependant clairement confiée au conseil d'établissement par l'art. 76. De plus, aux termes de l'art. 12, le conseil des commissaires peut réviser la décision du conseil d'établissement. De même,

legislature intended to leave the power to make decisions to local stakeholders. Furthermore, the issue in the case at bar is not limited to interpreting the scope of the protection of the student's right to freedom of religion under ss. 2(*a*) and 15 of the *Canadian Charter* and ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. The school board also had to consider the right of all students to physical inviolability, and the specific circumstances of its schools. The situation in one school board's schools can be very different from that in another board's schools. The assessment of the facts is therefore of considerable importance. Where safety in the schools under its responsibility is concerned, the respondent school board unquestionably has greater expertise than does a court of law reviewing its decision. If the reasonableness standard applied in *Chamberlain*, there is even more reason to conclude that it applies in the instant case because of the factual element associated with determinations of safety requirements.

la mise en place d'un mécanisme d'appel interne tend à indiquer que le législateur a voulu laisser le pouvoir décisionnel aux intervenants locaux. Par ailleurs, la question en litige ne requiert pas uniquement l'interprétation de la portée de la protection du droit à la liberté de religion de l'élève en vertu de l'al. 2*a*) et de l'art. 15 de la *Charte canadienne* et des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. En effet, la Commission scolaire doit aussi prendre en considération le droit de tous les élèves au respect de leur intégrité physique ainsi que les conditions particulières qui règnent dans ses écoles. Le contexte particulier des écoles d'une commission scolaire peut être très différent de celui des écoles d'une autre commission. L'appréciation des faits revêt donc une importance considérable. Pour ce qui concerne la sécurité dans les écoles sous sa responsabilité, la Commission scolaire intimée possède sans doute une expertise plus grande qu'un tribunal judiciaire siégeant en révision de sa décision. Si la norme de la décision raisonnable s'appliquait dans *Chamberlain*, à plus forte raison doit-on conclure qu'elle s'impose en l'espèce, en raison de la composante factuelle liée à l'évaluation de sécurité.

1.2.2 Reasonableness of the Decision

97 The Court of Appeal focused on the kirpan's inherent dangerousness. This approach fails to take account of the other facts that were presented. It is true that the kirpan, considered objectively and without the protective measures imposed by the Superior Court, is an object that fits the definition of a weapon. According to the evidence of psychoeducator Denis Leclerc, the kirpan would contribute to a perception that schools are unsafe because a student might [TRANSLATION] "think it necessary to have a knife at school . . . [in case of] an altercation with another student, since he or she knows that certain students have the right to carry knives and that other students have as a result also assumed the right to carry one without telling anyone about it". Such a categorical approach to the kirpan and to safety in the schools disregards the risks inherent in the use of other objects that are part of the everyday school environment, such as compasses. Risks can — and should — be limited

1.2.2 La raisonnabilité de la décision

La Cour d'appel s'est attachée à la dangerosité inhérente du kirpan. Cette approche ne tient pas compte des autres faits qui lui étaient présentés. Il est exact de dire que, considéré de façon objective, et sans les mesures de protection imposées par la Cour supérieure, le kirpan est un objet qui répond à la définition d'une arme. De même, selon le psychoéducateur Denis Leclerc, le kirpan accroîtrait la perception d'insécurité parce qu'un élève pourrait « penser nécessaire d'avoir un couteau à l'école [. . .] en cas d'altercation avec tout autre élève puisqu'il sait que certains élèves ont le droit d'en porter et qu'en conséquence d'autres élèves se donnent également le droit de porter un couteau sans pour autant le divulguer ». Cette façon catégorique d'aborder le kirpan et la sécurité dans les écoles fait abstraction de la présence de risques inhérents à l'utilisation d'autres objets qui font partie de l'environnement courant de l'école, qu'il suffise de mentionner le compas par exemple. Les risques qui

in the school environment, but they cannot realistically ever be completely eliminated.

The Court of Appeal's approach also disregards the strict conditions imposed by the Superior Court. No student is allowed to carry a "knife". The young Sikh is authorized to wear his kirpan, which, while a kind of "knife", is above all a religious object whose dangerous nature is neutralized by the many coverings required by the Superior Court. The kirpan must be enclosed in a wooden sheath and the sheath must be sewn inside a cloth envelope, which must itself be attached to a shoulder strap worn under the student's clothing. Secured in this way, the kirpan is almost totally stripped of its objectively dangerous characteristics. Access to the kirpan is not merely delayed, as was the case with the first offer made by the father and the student, it is now fully impeded by the cloth envelope sewn around the wooden sheath. In these circumstances, the argument relating to safety can no longer reasonably succeed.

In making its determinations, the school board must take all fundamental values into consideration, including not only security, but also freedom of religion and the right to equality. The prohibition on the wearing of a kirpan cannot be imposed without considering conditions that would interfere less with freedom of religion. In the case at bar, the school board did not sufficiently consider either the right to freedom of religion or the accommodation measure proposed by the father and the student. It merely applied the *Code de vie* literally. By disregarding the right to freedom of religion, and by invoking the safety of the school community without considering the possibility of a solution that posed little or no risk, the school board made an unreasonable decision.

2. Inappropriateness of Constitutional Law Justification

2.1 *The Court's Prior Decisions*

The courts, and particularly this Court, have devoted a great deal of energy to determining the

existent en milieu scolaire peuvent — et doivent — être limités, mais ils ne peuvent, de façon réaliste, être éliminés complètement.

98 L'approche retenue par la Cour d'appel omet aussi les conditions strictes imposées par la Cour supérieure. Aucun élève n'est autorisé à porter un « couteau ». Le jeune sikh est autorisé à porter son kirpan, qui, quoiqu'il s'agisse d'un « couteau », est surtout un objet religieux dont la dangerosité est neutralisée par les nombreux enrobages imposés par la Cour supérieure. En effet, le kirpan doit être enfermé dans un étui de bois, lequel doit être recouvert d'une étoffe cousue qui doit elle-même être fixée à une bandoulière portée sous les vêtements de l'élève. Ainsi protégé, le kirpan est presque totalement dépouillé de ses aspects objectivement dangereux. L'accès au kirpan n'est pas seulement retardé, comme c'était le cas selon la première offre du père et de l'élève, mais il est maintenant bloqué par l'étoffe cousue autour du fourreau de bois. Dans ces circonstances, l'argument relatif à la sécurité ne peut plus raisonnablement tenir.

99 En prenant sa décision, la Commission scolaire doit prendre en considération toutes les valeurs fondamentales, non seulement la sécurité mais aussi la liberté de religion et le droit à l'égalité. L'interdiction du port du kirpan ne saurait être imposée sans avoir envisagé des conditions qui seraient moins attentatoires à la liberté de religion. En l'occurrence, la Commission scolaire n'a examiné suffisamment ni le droit à la liberté de religion ni l'accommodement proposé par le père et l'élève. Elle s'est contentée d'appliquer aveuglément le Code de vie. En faisant abstraction du droit à la liberté de religion et en faisant valoir la sécurité dans l'école — sans étudier les solutions de rechange qui ne posaient que peu ou pas de risques —, la Commission scolaire a rendu une décision déraisonnable.

2. Caractère inapproprié de la justification suivant le droit constitutionnel

2.1 *Arrêts antérieurs de la Cour*

100 Les tribunaux, et plus particulièrement notre Cour, ont consacré beaucoup d'énergie à

jurisdiction conferred on administrative bodies and developing the standard of review.

101 From *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, through to *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, the Court has made it clear that administrative tribunals and arbitrators can decide claims or grievances based on provisions that are implicitly or explicitly incorporated into their mandates. The jurisdiction of decision makers expanded at the same time as the scrutiny of their decisions, through the standards of review, was evolving. These changes in the standards of review were meant to acknowledge the expertise and the specific nature of the work of administrative boards and should not be disregarded simply because a party argues that a constitutional justification analysis is instead appropriate. The fact that a party chooses to characterize an issue as one requiring a s. 1 analysis does not make it so. The changes in the standard of review cannot be disregarded just because the decision maker also has to deal with an argument based on human rights.

102 Decisions by administrative bodies were originally reviewed using two standards, jurisdictional error and patent unreasonableness (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; and G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration: De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), at p. 51). The Court was still confined in that straitjacket when it decided *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. The emphasis is now on the deference owed to administrative bodies. Over the past few years, the Court has even insisted that a single analytical approach be used for all administrative decision makers: *Dr. Q v. College of Physicians and*

l'évaluation de la compétence attribuée aux organismes administratifs et au développement de la norme de contrôle.

Depuis *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, jusqu'à *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, la Cour a clairement indiqué que les tribunaux administratifs et les arbitres peuvent trancher les demandes ou griefs fondés sur des dispositions qui sont, implicitement ou explicitement, incorporées à leur champ de compétence. L'élargissement du champ de compétence des décideurs s'est fait parallèlement à l'évolution du processus d'examen de leurs décisions au moyen de la norme de contrôle. La nouvelle méthode permet de reconnaître l'expertise et la nature particulière du travail des organismes administratifs et ne devrait pas être mise de côté simplement parce qu'un plaideur soutient qu'une analyse fondée sur la justification constitutionnelle doit plutôt être faite. Le choix d'un plaideur de caractériser une question comme requérant une analyse suivant l'article premier ne signifie pas qu'un tribunal doit procéder ainsi. L'évolution de la norme de contrôle ne saurait être écartée au seul motif que le décideur est aussi saisi d'un argument fondé sur les droits de la personne.

À l'origine, les décisions des organismes administratifs étaient contrôlées au moyen de deux normes : l'erreur juridictionnelle et la décision manifestement déraisonnable (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, et G. Perrault, *Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration : De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle* (2002), p. 51). C'est d'ailleurs dans ce carcan que la Cour était enfermée à l'époque de l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. L'accent porte maintenant sur la déférence qu'il convient d'accorder aux décisions des organismes administratifs. Au cours des dernières années, la Cour a même

Surgeons of British Columbia, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. Once again, this change would have little impact if administrative decisions had in addition to be assessed under s. 1 of the *Canadian Charter*. We doubt that this is what the Court had in mind in *Slaight, Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, and, later, *Dr. Q.*

insisté pour qu'une seule grille d'analyse s'applique à tous les décideurs administratifs : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. Une fois de plus, une telle évolution aurait une portée bien limitée si les décisions administratives devaient, en plus, être mesurées au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*. Nous doutons que ce soit là ce que la Cour avait à l'esprit dans *Slaight, Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, et, plus tard, dans *Dr Q.*

Charron J. considers that the analysis must be based on the rules of constitutional justification because of comments made by Lamer J. in *Slaight* and by La Forest J. in *Ross*, at para. 32. In *Slaight*, Lamer J. expressed the view that an order can be analysed using the same rules as are used to analyse a law in the context of a constitutional challenge, and can thus be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. We do not think that the analytical approach proposed by Lamer J. is the most appropriate one, nor do we believe that this question has been settled. In our opinion, the administrative law approach must be retained for reviewing *decisions* and *orders* made by administrative bodies. A constitutional justification analysis must, on the other hand, be carried out when reviewing the validity or enforceability of a *norm* such as a law, regulation, or other similar rule of general application. We also note the words of Dickson C.J. who, writing for the majority in *Slaight*, refused to accept the approach proposed by Lamer J. as the definitive one, stating (at p. 1049):

103 La juge Charron considère que l'analyse doit se faire suivant les règles de la justification constitutionnelle, en raison des propos du juge Lamer dans l'arrêt *Slaight* et de ceux du juge La Forest dans *Ross*, par. 32. Dans *Slaight*, le juge Lamer se dit d'avis qu'une ordonnance peut être analysée suivant les mêmes règles qu'une règle de droit dans le contexte d'une contestation constitutionnelle et ainsi être justifiée selon l'article premier de la *Charte canadienne*. Pour notre part, nous ne croyons pas que la grille d'analyse proposée par le juge Lamer soit la plus appropriée et nous estimons que la question n'est pas réglée. À notre avis, la grille du droit administratif doit être préservée pour la révision des *décisions* et *ordonnances* des organismes administratifs. L'analyse de la justification constitutionnelle s'impose par ailleurs lorsqu'il s'agit de contrôler la validité ou l'opposabilité d'une *norme* comme une loi, un règlement ou une autre règle d'application générale de cette nature. Nous retenons l'opinion du juge en chef Dickson qui, écrivant pour la majorité dans *Slaight*, a refusé d'accepter comme définitive l'approche proposée par le juge Lamer et a écrit (p. 1049) :

> The precise relationship between the traditional standard of administrative law review of patent unreasonableness and the new constitutional standard of review will be worked out in future cases.

> Le rapport précis entre la norme traditionnelle de contrôle, en droit administratif, du caractère déraisonnable manifeste et la nouvelle norme constitutionnelle de contrôle va se dégager de la jurisprudence à venir.

We take this comment to mean that Dickson C.J. did not consider that case to be an appropriate occasion to distinguish cases in which a constitutional analysis is necessary from those in which an analysis based on the principles of administrative law should be preferred. However, in

104 Nous comprenons de cette observation que le juge en chef Dickson ne trouvait pas que l'occasion était bien choisie pour distinguer les cas où l'analyse doit être effectuée selon la grille constitutionnelle de ceux où l'analyse fondée sur les règles du droit administratif doit être préférée. Cependant,

anticipation of the confusion we are now facing, he stressed that the chosen approach should not impose a more onerous burden on the government (at p. 1049):

> A few comments nonetheless may be in order. A minimal proposition would seem to be that administrative law unreasonableness, as a preliminary standard of review, should not impose a more onerous standard upon government than would *Charter* review.

105 In *Ross*, La Forest J. briefly addressed the question, and in his view this comment meant that Dickson C.J. favoured a constitutional analysis whenever constitutional values are in issue, even where a decision of an administrative body is being reviewed. However, such an approach is not imperative, as is clearly illustrated by *T.W.U.* and *Chamberlain*, both of which were decided after *Ross*.

106 Moreover, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, La Forest J. expressly declined to decide whether the Medical Services Commission's decision not to fund medical interpreter services was a law within the meaning of s. 1: he assumed this to be the case but did not rule on the issue. Such reserve would have been unnecessary had the required approach been clear.

107 While administrative bodies do have the power and the duty to take the values protected by the *Canadian Charter* into account, it does not follow that their decisions must be subjected to the justification process under s. 1 of the *Canadian Charter*.

108 More than 15 years have passed since Dickson C.J. stated that the relationship between the administrative law standard of review and the constitutional law standard would be worked out in future cases. The contrast between the approach taken by the Court in *T.W.U.* and *Chamberlain* and the one adopted by the majority in the instant case, as well as the ambiguity of the parties' arguments in the case at bar, are clear signs of the uncertainty

ayant prévu la confusion à laquelle nous assistons présentement, il souligne que la voie choisie ne devrait pas avoir pour effet d'imposer un fardeau plus lourd au gouvernement (p. 1049) :

> Néanmoins, il y a lieu de faire quelques commentaires. Une proposition minimale semblerait être que la norme préliminaire de contrôle que représente le caractère déraisonnable en droit administratif ne devrait pas imposer au gouvernement une norme plus exigeante que ne le ferait l'examen fondé sur la *Charte*.

Dans *Ross*, le juge La Forest a examiné brièvement la question et considéré que, par ces commentaires, le juge en chef Dickson favorisait l'analyse constitutionnelle lorsque des valeurs constitutionnelles étaient en jeu, et ce, même s'il s'agissait d'une décision d'un organisme administratif. Le recours à une telle approche n'est cependant pas obligatoire, comme l'illustrent clairement les arrêts *U.T.W.* et *Chamberlain*, tous deux postérieurs à *Ross*.

D'ailleurs, dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 84, le juge La Forest refuse expressément de trancher la question de savoir si la décision de la commission des services médicaux de ne pas financer les services d'interprètes médicaux constitue une règle de droit au sens de l'article premier : l'affaire est tranchée en tenant ce point pour acquis, sans toutefois en décider. Une telle réserve n'aurait pas été nécessaire si la règle avait été claire.

Certes, les organismes administratifs ont le pouvoir et le devoir de tenir compte des valeurs protégées par la *Charte canadienne*, mais il ne s'ensuit pas que leurs décisions doivent être soumises au processus de justification de l'article premier de la *Charte canadienne*.

Plus de 15 années se sont écoulées depuis que le juge en chef Dickson a dit que le rapport entre la norme de contrôle du droit administratif et celle du droit constitutionnel se dégagerait de la jurisprudence. Le contraste entre l'approche suivie par la Cour dans les arrêts *U.T.W.* et *Chamberlain* et celle adoptée par la majorité en l'espèce, de même que l'ambiguïté des plaidoiries des parties dans le présent dossier représentent des indications sûres

resulting from the unified analytical approach proposed by Lamer J. We therefore consider it necessary to review Lamer J.'s approach to determine whether it is useful and appropriate.

de l'incertitude engendrée par la méthode d'analyse unifiée qu'a suggérée le juge Lamer. Nous estimons donc qu'il y a lieu de faire le point sur cette méthode d'analyse et d'en vérifier l'utilité et l'opportunité.

The idea that norms of general application should be dealt with in the same way as decisions or orders of administrative bodies, as suggested by Lamer J. in *Slaight*, may be attractive from a theoretical standpoint. However, apart from the aesthetic appeal of this unified approach, we are not convinced that there is any advantage to adopting it. The question is not whether an administrative body can disregard constitutional values. The answer to that question is clear: it cannot do so absent an express indication that the legislature intended to allow it to do so. The question is rather how to assess an administrative body's alleged breach — in a decision — of its constitutional obligations: by means of the analytical approach under s. 1 of the *Canadian Charter* or under an administrative law standard of review? As the instant case shows, and as we stated previously, it is difficult to imagine a decision that would be considered reasonable or correct even though it conflicted with constitutional values. Given the demanding nature of the standard of judicial review to be met where an administrative body fails to consider constitutional values, the result can be no different, as Dickson C.J. noted in *Slaight*, at p. 1049; see also *Ross*, at para. 32.

109 Le fait de traiter les normes d'application générale de la même façon que les décisions ou ordonnances des organismes administratifs, comme le suggère le juge Lamer dans *Slaight*, revêt probablement un attrait sur le plan théorique. Mais outre l'esthétisme de cette approche unifiée, nous ne sommes pas persuadées que l'adoption de celle-ci présente quelque avantage. La question n'est pas de savoir si un organisme administratif peut faire abstraction des valeurs constitutionnelles. La réponse à cette question est claire. L'organisme ne le peut pas, à moins d'une indication expresse de l'intention du législateur à l'effet contraire. La question consiste plutôt à déterminer comment doit être évaluée — dans une décision — une prétendue violation par un organisme administratif de ses obligations constitutionnelles. Est-ce au moyen de la grille d'analyse de l'article premier de la *Charte canadienne* ou selon la norme de contrôle du droit administratif? Comme le démontre la présente affaire, et comme nous l'avons mentionné plus tôt, il est difficile de concevoir une décision qui contreviendrait aux valeurs constitutionnelles mais serait néanmoins jugée raisonnable ou correcte. En effet, compte tenu de la rigueur de la norme du contrôle judiciaire dans les cas où l'organisme administratif a omis de prendre en considération les valeurs constitutionnelles, le résultat ne saurait être différent, comme le dit le juge en chef Dickson dans *Slaight*, p. 1049; voir aussi *Ross*, par. 32.

In short, not only do we think that this Court's past decisions do not rule out the applicability of an administrative law approach where an infringement of the *Canadian Charter* is argued, we also disagree with an approach that involves *starting* with a constitutional review in such a case.

110 En somme, non seulement croyons-nous que la jurisprudence antérieure de la Cour n'exclut pas l'application d'une approche fondée sur le droit administratif lorsqu'une atteinte à la *Charte canadienne* est plaidée, mais nous sommes également en désaccord avec la démarche qui consiste à *commencer* par un examen constitutionnel dans un tel cas.

In addition to the fact that we believe the question was not settled definitively by *Slaight* and *Ross*, there are several incongruities that prompt us to

111 Outre le fait que, à notre avis, la question n'a pas été réglée de façon définitive par *Slaight* et *Ross*, plusieurs incongruités nous incitent à

reflect upon the approach proposed in those cases. First, there is the bifurcated obligation imposed on an administrative body to justify certain aspects of its decision pursuant to an administrative law analysis while other aspects are subject to s. 1 of the *Canadian Charter*. There are also problems related to the attribution of the burden of proof and to the nature of the evidence that an administrative body with quasi-judicial functions would have to adduce to justify its decision under s. 1 in light of the fact that it is supposed to be independent of the government. However, these practical problems obscure more important legal problems, which we will now discuss. The first is the equating of a decision with a law within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter*, and the second is the undermining of the integrity of the tools of administrative law and the resulting further confusion in the principles of judicial review.

réfléchir sur la démarche suggérée dans ces arrêts. Il y a d'abord le dédoublement imposé à l'organisme administratif qui doit justifier certains aspects de sa décision selon l'analyse du droit administratif, alors que d'autres aspects sont assujettis à l'article premier de la *Charte canadienne*. Il y a aussi les difficultés liées à l'attribution du fardeau de preuve et à la nature de la preuve que devrait présenter un organisme administratif exerçant des fonctions quasi-judiciaires pour justifier sa décision conformément à l'article premier, alors qu'il est censé être indépendant du gouvernement. Ces difficultés pratiques occultent cependant des problèmes juridiques plus importants dont nous discuterons maintenant. Le premier est l'assimilation d'une décision à une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne* et le deuxième est la dévalorisation des outils du droit administratif et la confusion qui s'ensuit dans les règles de révision judiciaire.

2.2 *Meaning of the Expression "Law" in Section 1 of the Canadian Charter*

112 An administrative body determines an individual's rights in relation to a particular issue. A decision or order made by such a body is not a law or regulation, but is instead the result of a process provided for by statute and by the principles of administrative law in a given case. A law or regulation, on the other hand, is enacted or made by the legislature or by a body to which powers are delegated. The norm so established is not limited to a specific case. It is general in scope. Establishing a norm and resolving a dispute are not usually considered equivalent processes. At first glance, therefore, equating a decision or order with a law, as Lamer J. does in *Slaight*, seems anomalous.

113 A law (*loi*), in the broad sense, is [TRANSLATION] "any legal or moral norm or set of norms" (H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2nd ed. 2001), at p. 344). A rule (*règle*) is a [TRANSLATION] "[p]rinciple of a general and impersonal nature that determines a line of conduct" (Reid, at p. 475). Thus, the expression "law" (*règle de droit*) used in

2.2 *Portée de l'expression « règle de droit » à l'article premier de la Charte canadienne*

Un organisme administratif décide des droits d'un administré sur une question donnée. La décision ou l'ordonnance qu'il rend ne constitue pas une loi ou un règlement, mais est plutôt le résultat d'un processus prévu par la loi et par le droit administratif dans une affaire donnée. Par contre, une loi ou un règlement est le fait du législateur ou de l'organisme à qui des pouvoirs sont délégués. La norme ainsi établie ne se limite pas à une affaire donnée. Elle a une portée générale. Établir une norme et trancher un différend ne sont pas habituellement considérés comme deux processus équivalents. Le fait d'assimiler une décision ou ordonnance à une règle de droit, comme le fait le juge Lamer dans *Slaight*, est donc à première vue antinomique.

Au sens large, une loi englobe « toute norme ou ensemble de normes juridiques ou morales » (H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (2e éd. 2001), p. 344). Une règle est un « [p]rincipe à caractère général et impersonnel qui détermine la ligne de conduite » (Reid, p. 475). L'expression « règle de droit » dont il est question à l'article

s. 1 of the *Canadian Charter* naturally refers to a norm or rule of general application:

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

The general nature of the expression "law" seems to emerge from the earliest judicial definitions of the expression. In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, Le Dain J. wrote the following:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. [Emphasis added.]

This definition is also consistent with the meaning conveyed by the equivalent expression (*règle de droit*) used in the French version of s. 1 of the *Canadian Charter*, and by the same expression as used in both versions of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Professors Brun and Tremblay define "law" as follows (H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 944):

[TRANSLATION] A law, within the meaning of s. 1, is an "intelligible legal standard". The notion of a legal standard relates to the unilaterally coercive and legally enforceable character of the act in question.

These authors express surprise at the unified approach suggested in *Slaight* (at p. 945):

[TRANSLATION] It would appear that an order of a court or tribunal is also a law within the meaning of

premier de la *Charte canadienne* s'entend donc naturellement d'une norme ou règle d'application générale :

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

Le caractère général de la « règle de droit » semble d'ailleurs ressortir des premières définitions jurisprudentielles de l'expression. Dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645, le juge Le Dain écrit ceci : 114

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. [Nous soulignons.]

Cette définition cadre aussi avec le sens qui se dégage de la version anglaise de l'expression (« *law* ») à l'article premier de la *Charte canadienne*, ainsi que des deux versions du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* où la même expression est utilisée : 115

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Les professeurs Brun et Tremblay définissent ainsi l'expression « règle de droit » (H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4e éd. 2002), p. 944) :

Une règle de droit, au sens de l'article 1, est une « norme juridique intelligible ». L'idée de norme juridique réfère au caractère unilatéralement contraignant et judiciairement exécutoire de l'acte dont il s'agit.

Ces auteurs se disent d'ailleurs surpris par l'approche unifiée suggérée dans *Slaight* (p. 945) :

Il semble bien qu'une ordonnance d'un tribunal soit également une règle de droit au sens de l'article 1. La

s. 1. The Supreme Court has applied the reasonableness test under s. 1 to such orders on several occasions. This means that limits on rights can arise out of individualized legal standards, which is surprising. Such orders are of course law, but to have s. 1 apply to them without reservation means that litigants may often be unable to determine the status of their fundamental rights in advance, as in the case of limits resulting from general norms, such as statutes and regulations. We would have thought that limits on rights could not result from individualized orders unless the legislation conferring authority for those orders envisaged such a possibility. [Citations omitted.]

116 Professor D. Pinard also criticizes the inconsistency of the approach proposed in *Slaight*, noting that equating a decision with a law does violence to the traditional and usual meaning of this concept: D. Pinard, "Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications*" (1992), 1 *N.J.C.L.* 79, at p. 119 (see also P. Garant, *Droit administratif* (3rd ed. 1992), vol. 3, *Les chartes*, at p. XXXV).

117 E. Mendes, "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 165, attempts to reconcile the various approaches the Court has taken in dealing with the expression "law" (at pp. 172-73):

> An analysis that could reconcile the various cases in this area is one which argues that the courts have distinguished between arbitrary action that is exercised without legal authority and discretion that is constrained by intelligible legal standards and they have held that the latter will meet the "prescribed by law" requirement. However, in *Irwin Toy*, the Supreme Court held that it would not find that a law provided an intelligible standard if it was vague. The "void for vagueness" doctrine comes from the rule of law principle that a law must provide sufficient guidance for others to determine its meaning. . . .

Cour suprême a en effet appliqué à de telles ordonnances le critère de raisonnabilité de l'article 1, à quelques reprises. C'est donc dire que des limitations des droits peuvent émaner de normes juridiques individualisées, ce qui surprend. Ces ordonnances sont certes des règles de droit, mais les inclure sans réserve dans l'article 1 signifie que le justiciable peut souvent ne pas se trouver en mesure de connaître d'avance l'état de ses droits fondamentaux comme lorsqu'il s'agit de limitations découlant de normes générales telles des lois ou des règlements. Nous aurions cru que des limitations aux droits n'auraient pu résulter d'ordonnances individuelles qu'à la condition que le fondement législatif de celles-ci en eût laissé voir la possibilité. [Références omises.]

La professeure D. Pinard critique elle aussi l'incohérence de l'approche préconisée dans *Slaight*, soulignant que le fait d'assimiler une décision à une règle de droit fait violence au sens traditionnel et ordinaire de cette notion : D. Pinard, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* » (1992), 1 *N.J.C.L.* 79, p. 119 (voir aussi P. Garant, *Droit administratif* (3e éd. 1992), vol. 3, *Les chartes*, p. XXXV).

De son côté, l'auteur E. Mendes, « The Crucible of the Charter : Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4e éd. 2005), 165, tente de concilier les différentes approches suivies par la Cour en regard de la portée de l'expression « règle de droit » (p. 172-173) :

> [TRADUCTION] Pour concilier les diverses décisions sur ce point, il faudrait pouvoir affirmer que les tribunaux ont fait une distinction entre une mesure arbitraire prise sans fondement légal et une mesure discrétionnaire limitée par des normes juridiques intelligibles, et qu'ils ont conclu que la mesure discrétionnaire est prescrite par « une règle de droit ». Cependant, dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour suprême a jugé qu'elle ne saurait considérer qu'une règle de droit constitue une norme intelligible si cette règle est imprécise. La doctrine de la « nullité pour cause d'imprécision » découle du principe — fondé sur la primauté du droit — selon lequel une règle de droit doit fournir aux intéressés des indications suffisantes pour qu'ils puissent déterminer le sens de celle-ci. . .

Put another way, the phrase "prescribed by law" requires that "the legislature [provide] an intelligible standard according to which the judiciary must do its work."

To include administrative decisions in the concept of "law" therefore implies that it is necessary in every case to begin by assessing the validity of the statutory or regulatory provision on which the decision is based. This indicates that the expression "law" is used first and foremost in its normative sense. Professor Mendes does not seem totally convinced that it is helpful to apply s. 1 of the *Canadian Charter* to assess a decision (at p. 173):

One could argue that this is a form of double deference: first, to the legislature to allow them to enact provisions which, although vague, are not beyond the ability of the judiciary to interpret. Second, there is a form of self-deference that the judiciary can turn such legislated vagueness into sufficient precision and certainty to satisfy the requirements of section 1. Depending how consistent the courts are in interpreting the vastly open-textured terms of section 1, this form of self-deference may or may not be justified.

The fact that justification is based on the collective interest also suggests that the expression "law" should be limited to rules of general application. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. wrote the following (at p. 136):

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. [Emphasis added.]

To suggest that the decisions of administrative bodies must be justifiable under the *Oakes* test implies that the decision makers in question must incorporate this analysis into their decision-making process. This requirement makes the decision-making process formalistic and distracts the reviewing court from the objective of the

En d'autres mots, l'expression « restreints [. . .] par une règle de droit » exige que « le législateur [formule] une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions ».

118 L'inclusion des décisions des organismes administratifs dans la notion de « règle de droit » implique donc qu'il faut dans tous les cas évaluer d'abord la validité de la disposition législative ou réglementaire à la base de la décision. Cela indique que l'expression « règle de droit » est d'abord et avant tout utilisée dans son sens normatif. Le professeur Mendes ne semble d'ailleurs pas tout à fait convaincu qu'il est avantageux de recourir à l'article premier de la *Charte canadienne* pour évaluer une décision (p. 173) :

[TRADUCTION] On pourrait affirmer qu'il s'agit d'une forme de déférence double : la déférence envers le législateur d'abord, pour lui permettre d'adopter des dispositions que les tribunaux sont capables d'interpréter même si elles sont vagues. Ensuite, une forme de déférence envers les tribunaux eux-mêmes, qui peuvent donner à ces dispositions vagues une précision et une sécurité suffisantes pour satisfaire aux exigences de l'article premier. La mesure dans laquelle les tribunaux font preuve d'uniformité dans l'interprétation des termes d'acception fort large de l'article premier déterminera si cette forme de déférence des tribunaux envers eux-mêmes peut être justifiée ou non.

119 Le fait que la justification soit fondée sur l'intérêt collectif incite de surcroît à limiter les « règles de droit » à celles qui sont d'application générale. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson écrit ceci (p. 136) :

Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. [Nous soulignons.]

120 Suggérer que les décisions des organismes administratifs doivent être justifiables conformément au test établi dans l'arrêt *Oakes* implique que ces décideurs doivent intégrer cette analyse dans leur processus décisionnel. Cette obligation formalise le processus de prise de décision et distrait le tribunal de révision de l'objectif de l'analyse, laquelle porte

analysis, which relates instead to the substance of the decision and consists of determining whether it is correct (*T.W.U.*) or reasonable (*Chamberlain*).

121 An administrative decision maker should not have to justify its decision under the *Oakes* test, which is based on an analysis of societal interests and is better suited, conceptually and literally, to the concept of "prescribed by law". That test is based on the duty of the executive and legislative branches of government to account to the courts for any rules they establish that infringe protected rights. The *Oakes* test was developed to assess legislative policies. The duty to account imposed — conceptually and in practice — on the legislative and executive branches is not easily applied to administrative tribunals.

122 In commenting on the application of the *Canadian Charter* to the common law, McIntyre J., writing for the majority in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 600, wrote the following:

> The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute.

123 The same reasoning applies in the context of administrative law. Like the courts, administrative tribunals are bound by the *Canadian Charter*, their enabling legislation and the statutes they are specifically responsible for applying. Like the courts, they cannot be treated as parties with an interest in a dispute. A tribunal's decision should not be subject to a justification process as if it were a party to a dispute.

124 Although our colleague LeBel J. does not agree with the norm-decision dichotomy (at para. 151), his reformulation of the s. 1 test as stated in *Oakes* reveals the inherent shortcomings of that test when it is applied to administrative decisions (para. 155).

plutôt sur la substance de la décision et consiste à déterminer si celle-ci est correcte (*U.T.W.*) ou raisonnable (*Chamberlain*).

Le décideur administratif ne devrait pas avoir à justifier sa décision suivant le test de l'arrêt *Oakes*, lequel repose plutôt sur une analyse des intérêts sociaux et convient davantage, conceptuellement et littéralement, à la notion de « règle de droit ». Ce test est fondé sur l'obligation du pouvoir exécutif ou législatif de rendre compte devant les tribunaux des règles qu'il impose et qui portent atteinte aux droits protégés. Le test de l'arrêt *Oakes* a été conçu pour évaluer les politiques législatives. Tant d'un point de vue conceptuel que pratique, l'obligation de rendre compte qui est faite au pouvoir législatif ou exécutif ne peut être transférée sans heurts au tribunal administratif.

Commentant l'application de la *Charte canadienne* à la common law, le juge McIntyre, qui s'exprimait alors pour la majorité dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 600, a écrit ceci :

> Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige.

Ce raisonnement s'applique également dans le contexte du droit administratif. À l'instar des tribunaux judiciaires, les tribunaux administratifs sont liés par la *Charte canadienne*, par leur loi habilitante et par les lois qu'ils ont pour mandat spécifique d'appliquer. Tout comme les tribunaux judiciaires, ils ne peuvent être traités comme des parties intéressées au litige. Dans leurs décisions, les tribunaux administratifs ne devraient pas être soumis à un processus de justification comme s'ils étaient une partie au litige.

Quoique notre collègue le juge LeBel ne soit pas d'accord avec la dichotomie norme/décision (par. 151), sa reformulation du test de l'article premier tel qu'énoncé dans *Oakes* est révélatrice des lacunes inhérentes dont souffre ce test lorsqu'on l'applique à des décisions administratives (par. 155).

We accordingly believe that the expression "law" should not include the decisions of administrative bodies. Such decisions should be reviewed in accordance with the principles of administrative law, which will both allow claimants and administrative bodies to know in advance which rules govern disputes and help prevent any blurring of roles.

Nous estimons donc que l'expression « règle de droit » ne devrait pas viser les décisions des organismes administratifs. Ces décisions devraient être révisées suivant les règles du droit administratif, solution qui à la fois permet aux demandeurs et aux organismes administratifs de connaître d'avance les règles qui régissent les conflits et aide à éviter la confusion des rôles. 125

2.3 *Analytical Consistency*

2.3 *Cohérence de l'analyse*

The mechanisms of administrative law are flexible enough to make it unnecessary to resort to the justification process under s. 1 of the *Canadian Charter* when a complainant is not attempting to strike down a rule or law of general application. The use of two different processes can even be a source of confusion for the parties. 126

La flexibilité des mécanismes de droit administratif est telle qu'il n'est pas nécessaire de recourir au processus de justification prévu par l'article premier de la *Charte canadienne* lorsque le demandeur ne cherche pas à faire annuler une règle d'application générale. Le recours à deux processus différents peut même s'avérer source de confusion pour les parties.

To illustrate this risk of confusion, it is enough to mention that the parties in the case at bar have raised all possible arguments, that is, both those relating to constitutional justification and those based on administrative law. Given the state of the case law, no one can blame them for doing so. In Quebec, an application for judicial review of an administrative body's decision must be made to the Superior Court, as can an application based on the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*. However, this is not the case in all provinces. If, as in *Ross*, the decision were bifurcated with the administrative law review on the discrimination issue being conducted separately from the analysis of the validity of the order, litigants — and reviewing courts — would very likely lose their way. It is therefore in this Court's interest to suggest consistent approaches. 127

Pour illustrer ce risque de confusion, il suffit de rappeler que les parties ont plaidé tous les arguments possibles, c'est-à-dire tant ceux relevant de la justification constitutionnelle que ceux fondés sur le droit administratif. Compte tenu de l'état de la jurisprudence, on ne saurait leur en faire reproche. Au Québec, les demandes de contrôle judiciaire des décisions des organismes administratifs sont présentées à la Cour supérieure, tout comme les demandes fondées sur la *Charte canadienne* ou sur la *Charte québécoise*. Tel n'est cependant pas le cas dans toutes les provinces. Si, comme dans *Ross*, la décision était scindée en deux, d'une part la révision administrative sur la question de la discrimination et, d'autre part, la validité de l'ordonnance, le plaideur et le tribunal de révision risqueraient fort de ne plus s'y retrouver. Notre Cour a donc intérêt à suggérer des pistes cohérentes.

Our comments do not mean that we believe the Court must always exclude the s. 1 approach. That approach remains the only one available to demonstrate that an infringement of a right resulting from a law, in the normative sense of that expression, is consistent with the values of a free and democratic society. However, where the issue concerns 128

Nos propos ne signifient pas que nous croyons que la Cour doive toujours s'écarter de la grille d'analyse de l'article premier. Cette démarche demeure la seule qui permette de justifier qu'une atteinte à un droit découlant d'une règle de droit, au sens normatif de cette expression, est conforme aux valeurs d'une société libre et démocratique.

the validity or merits of an administrative body's decision, resorting to this justification process is unnecessary because of the specific tools that have been developed in administrative law. The standard of review is one of those tools. If an administrative body makes a decision or order that is said to conflict with fundamental values, the mechanisms of administrative law are readily available to meet the needs of individuals whose rights have been violated. Such individuals can have the decision quashed by obtaining a declaration that it is unreasonable or incorrect.

Cependant, lorsqu'il est question de la validité ou du bien-fondé d'une décision d'un organisme administratif, le recours à ce processus de justification n'est pas nécessaire en raison de l'existence des outils spécifiques développés en droit administratif. La norme de contrôle est un de ces outils. Si un organisme administratif rend une décision ou une ordonnance qui irait à l'encontre des valeurs fondamentales, les mécanismes du droit administratif sont suffisants pour répondre aux besoins des personnes dont les droits sont violés. Elles peuvent faire annuler la décision en la faisant déclarer déraisonnable ou incorrecte.

2.3.1 Reasonable Accommodation

2.3.1 Accommodement raisonnable

129 The apparent overlap between the concepts of minimal impairment and reasonable accommodation is another striking example of the need to preserve the distinctiveness of the administrative law approach. Charron J. is of the opinion that there is a correspondence between the concepts of accommodation and minimal impairment (para. 53). We agree that these concepts have a number of similarities, but in our view they belong to two different analytical categories.

Le chevauchement apparent des concepts d'atteinte minimale et d'accommodement raisonnable est un autre exemple frappant du besoin de conserver le caractère distinct de l'approche fondée sur le droit administratif. La juge Charron est d'avis qu'il existe un rapprochement entre la notion d'accommodement et celle d'atteinte minimale (par. 53). Nous croyons nous aussi que ces notions comportent plusieurs similitudes, mais nous estimons qu'elles appartiennent à deux catégories d'analyse distinctes.

130 The case law on reasonable accommodation developed mainly in the context of the application of human rights legislation to private disputes: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 ("*Grismer*"), the Court developed a mechanism that permits a balance to be struck between the requirements of the enforcement of a right or freedom and the constraints imposed by a given environment. This duty, which is more than a mere *bona fide* occupational requirement, was extended in *Meiorin* to all cases of direct or indirect discrimination, and in *Grismer* (at

La jurisprudence sur l'accommodement raisonnable s'est surtout développée dans le contexte de la mise en œuvre des lois sur les droits de la personne, à l'occasion de litiges privés : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Dans les arrêts *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), la Cour a élaboré un mécanisme permettant d'assurer l'équilibre entre les exigences de la mise en œuvre d'un droit ou d'une liberté et les contraintes imposées par un environnement donné. Cette obligation, qui va au-delà de la simple exigence professionnelle

para. 19), to all persons governed by human rights legislation.

The process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties and allows for dialogue between them. This dialogue enables them to reconcile their positions and find common ground tailored to their own needs.

The approach is different, however, in the case of minimal impairment when it is considered in the context of the broad impact of the result of the constitutional justification analysis. The justification of the infringement is based on societal interests, not on the needs of the individual parties. An administrative law analysis is microcosmic, whereas a constitutional law analysis is generally macrocosmic. The values involved may be different. We believe that there is an advantage to keeping these approaches separate.

Furthermore, although the minimal impairment test under s. 1 of the *Canadian Charter* is similar to the undue hardship test in human rights law, the perspectives in the two cases are different, as is the evidence that can support the analysis. Assessing the scope of a law sometimes requires that social facts or the potential consequences of applying the law be taken into account, whereas determining whether there is undue hardship requires evidence of hardship in a particular case.

These separate streams — public versus individual — should be kept distinct. A lack of coherence in the analysis can only be detrimental to the exercise of human rights. Reasonable accommodation and undue hardship belong to the sphere of administrative law and human rights legislation, whereas the assessment of minimal impairment is

justifiée, a été étendue par l'arrêt *Meiorin* à tous les cas de discrimination, directe ou indirecte, et par l'arrêt *Grismer* (par. 19), à toutes les personnes régies par les lois sur les droits de la personne.

131 Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins.

132 La démarche est toutefois différente lorsque la question de l'atteinte minimale est étudiée dans le contexte de l'impact considérable du résultat de la justification constitutionnelle. La justification de l'atteinte repose sur l'intérêt général de la société et non sur les besoins individuels des parties. L'analyse propre au droit administratif est microcosmique alors que celle du droit constitutionnel est généralement macrocosmique. Les valeurs en jeu peuvent différer. Nous estimons qu'il y a avantage à ne pas confondre les deux démarches.

133 De plus, bien que le critère de l'atteinte minimale de l'article premier de la *Charte canadienne* s'apparente à celui de la contrainte excessive des lois sur les droits de la personne, la perspective dans chacun des cas est différente, comme le sont les éléments de preuve susceptibles de soutenir l'une ou l'autre des analyses. Au surplus, l'évaluation de la portée d'une règle de droit requiert parfois la prise en compte de faits sociaux ou des conséquences potentielles de l'application de la règle, alors que la détermination de l'existence de la contrainte excessive requiert la preuve de contraintes réelles dans un cas donné.

134 Les deux niveaux d'évaluation, public et individuel, devraient demeurer distincts. L'incohérence de la démarche ne peut qu'agir au détriment de l'exercice des droits de la personne. L'accommodement raisonnable et la contrainte excessive appartiennent au domaine du droit administratif et des lois sur les droits de la personne, alors que l'évaluation de

part of a constitutional analysis with wider societal implications.

135 The scope of the *Canadian Charter* is broad. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* guarantees the supremacy of the Constitution of Canada. This incomparable tool can be used to invalidate laws that infringe fundamental rights and are not justified by societal goals of fundamental importance. However, where the concepts specific to administrative law are sufficient to resolve a dispute, it is unnecessary to resort to the *Canadian Charter.*

136 Constitutional values have breathed new life into the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, the common law and legislation in general. Courts and administrative tribunals must uphold them, as must Parliament and the legislatures. However, the same rules should not apply to the review of legislative action as to the review of the exercise of adjudicative authority.

3. Conclusion

137 Administrative law review has been designed to scrutinize administrative boards' decisions. Administrative law review has become a full-fledged branch of the law. Its integrity should be preserved.

138 If the *Code de vie* itself or one of its provisions had been challenged on the ground that it did not meet the minimal impairment standard, a s. 1 analysis would have been appropriate. But the appellant did not challenge it. When the validity of a rule of general application is not in question, the mechanisms of administrative law are called for. This approach makes it possible to avoid the blurring of concepts or roles and enhances the proper application of both administrative and human rights law.

l'atteinte minimale fait partie de l'analyse constitutionnelle et comporte des conséquences sociales plus importantes.

Le champ d'application de la *Charte canadienne* est vaste. Grâce à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la suprématie de la Constitution du Canada est préservée. Cet outil incomparable permet d'annuler les lois qui portent atteinte aux droits fondamentaux et qui ne sont pas justifiées par des objectifs sociaux fondamentalement importants. Cependant, dans les cas où les concepts propres au droit administratif sont suffisants pour solutionner le litige, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la *Charte canadienne.*

Les valeurs constitutionnelles insufflent un élan nouveau au *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, à la common law et aux lois en général. Les tribunaux judiciaires et administratifs sont tenus de les respecter, tout comme le Parlement et les législatures. Le contrôle de l'action législative ne devrait cependant pas suivre les mêmes règles que le contrôle de l'exercice du pouvoir adjudicatif.

3. Conclusion

Les règles de la révision judiciaire en droit administratif ont été conçues pour l'examen des décisions des organismes administratifs. La révision judiciaire en droit administratif est maintenant reconnue comme une branche du droit à part entière. Son intégrité devrait être préservée.

Si le Code de vie lui-même, ou l'une de ses dispositions, était contesté au motif qu'il ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, une analyse fondée sur l'article premier aurait été appropriée. Mais l'appelant n'a pas soulevé un tel argument. Lorsque la validité d'une règle d'application générale n'est pas mise en cause, les mécanismes du droit administratif sont plus appropriés. Cette approche permet d'éviter la dilution des concepts ou la confusion des rôles. Elle permet aussi de mettre en valeur les mécanismes spécifiques au droit administratif et aux lois sur les droits de la personne.

For these reasons, we would allow the appeal and set aside the decision of the Court of Appeal.

English version of the reasons delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

As can be seen from the reasons of my colleagues Deschamps, Abella and Charron JJ., the approach to applying s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") continues to be problematic and to raise new questions even after it has been followed for more than 20 years. The analytical framework established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for applying the *Canadian Charter* has not settled every question or averted every problem. Thus, the case at bar once again raises the issue of how the constitutional law of civil liberties relates to quasi-constitutional legislation on fundamental rights, such as the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and, in an even more subtle way, to administrative law in general. The need to find an appropriate solution therefore makes it necessary to consider how the operation of the *Canadian Charter* itself is structured, that is, what relationship exists between the guaranteed rights and the approach to limiting those rights under s. 1.

Although I agree with the disposition proposed by my colleagues, I remain concerned about some aspects of the problems of legal methodology raised by this case. As can be seen, the case involves diverse legal concepts that, although belonging to fields of law that are in principle separate, are still part of a single legal system the coherence of which must be adequately ensured.

A. *Nature of the Legal Issue*

The fact that education legislation obliges the school board to ensure the safety of its students is not in issue in this appeal. Nor is it disputed, as

Pour ces motifs, nous accueillerions l'appel et infirmerions l'arrêt de la Cour d'appel. 139

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Comme il ressort des motifs de mes collègues les juges Deschamps, Abella et Charron, même après plus de 20 ans d'application, la méthode de mise en œuvre de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») continue à poser des difficultés et à soulever de nouvelles interrogations. Le cadre analytique établi par l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pour la mise en œuvre de la *Charte canadienne* n'a pas réglé toutes les questions ni prévenu tous les problèmes. Ainsi, dans la présente cause, se pose à nouveau le problème des rapports du droit constitutionnel des libertés civiles avec les lois quasi-constitutionnelles sur les droits fondamentaux, comme la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et, plus subtilement encore, avec le droit administratif en général. La nécessité de trouver une solution adéquate impose alors un examen de l'articulation du fonctionnement même de la *Charte canadienne*, c'est-à-dire des rapports entre les droits garantis et la méthode de limitation de ces droits que prévoit l'article premier. 140

Bien que je sois d'accord avec le dispositif proposé par mes collègues, je demeure néanmoins préoccupé par certains aspects des problèmes de méthodologie juridique que pose la présente affaire. Comme on le voit, celle-ci met en cause des notions juridiques diverses qui, bien que relevant de domaines en principe distincts du droit, appartiennent toujours à un même système juridique dont il importe d'assurer adéquatement la cohérence. 141

A. *La nature de la question juridique posée*

Le pourvoi ne remet pas en question le fait que la législation scolaire oblige la Commission scolaire à veiller à la sécurité de ses élèves. Pour ce 142

regards the performance of this obligation, that the *Code de vie* (code of conduct) prohibiting the carrying or use of any type of weapon is a valid exercise of the administrative powers delegated to the board for the purpose of ensuring safety. The board's specific decision to prohibit the appellant's son from wearing a kirpan on the basis that the kirpan is a weapon is not being contested on administrative law grounds, such as abuse or excess of power.

143 Rather, the appellant contests the decision by arguing that the respondent school board's exercise of the delegated power is vitiated by the violation of one of his son's fundamental rights. He submits that the school board's refusal to agree to a reasonable accommodation measure violates his son's freedom of religion. Although the board's decision was formally authorized by a delegation of powers under the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, it was null because it was an unjustified infringement of the constitutional guarantee of freedom of religion set out in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* as well as of similar rights protected by the *Quebec Charter*.

144 The case as it stands before this Court therefore appears to involve an issue of constitutional law. I readily acknowledge that it is better, where problems arise in such circumstances, to begin by attempting to solve them by means of administrative law principles. I do not think that it is always necessary to resort to the *Canadian Charter* or, in the case of Quebec, the *Quebec Charter* when a decision can be reached by applying general administrative law principles or the specific rules governing the exercise of a delegated power. I had occasion to point this out in my reasons in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, at para. 138. However, the context of a dispute sometimes makes a constitutional analysis unavoidable. If the reasoning proposed by my colleagues Deschamps and Abella JJ. were accepted, an administrative decision would, of course, be quashed. In this sense, the case can be said to come under administrative law. However, if

qui est de l'exécution de cette obligation, personne ne conteste non plus que le Code de vie interdisant le port ou l'utilisation de toutes formes d'armes constitue un exercice valable des pouvoirs administratifs délégués à la Commission scolaire pour remplir ses obligations en matière de sécurité. Sa décision particulière de défendre au fils de l'appelant de porter un kirpan parce que cet objet constitue une arme n'est pas attaquée par des moyens fondés sur le droit administratif, par exemple un abus ou excès de pouvoir.

L'appelant attaque plutôt cette décision en prétendant que l'exercice par la Commission scolaire intimée du pouvoir délégué est vicié du fait de la violation de l'un des droits fondamentaux de son fils. Il soutient que le refus de la Commission de consentir à une mesure d'accommodement raisonnable viole la liberté de religion de son fils. Bien que formellement autorisée par une délégation de pouvoirs en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., ch. I-13.3, la décision de la Commission était frappée de nullité parce qu'elle portait une atteinte injustifiée à la garantie constitutionnelle de liberté de religion prévue à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*, ainsi d'ailleurs qu'aux droits similaires que protège la *Charte québécoise*.

Dans l'état où ce dossier est présenté devant notre Cour, l'affaire apparaît donc comme une question de droit constitutionnel. Je reconnais volontiers qu'il vaut mieux tenter d'abord de régler les problèmes posés dans de pareilles circonstances au moyen du droit administratif. Je ne crois pas qu'il faille en toute occasion recourir à l'application de la *Charte canadienne* ou, dans le cas du Québec, de la *Charte québécoise*, lorsque l'application des principes généraux du droit administratif ou des règles particulières encadrant l'exercice d'un pouvoir délégué peut résoudre l'affaire. J'ai d'ailleurs déjà eu l'occasion de souligner ce point dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, par. 138. Cependant, il arrive que le cadre d'un litige ne permette pas de faire l'économie de l'analyse constitutionnelle. Certes, si le raisonnement proposé par mes collègues les juges Deschamps et Abella était accepté, une décision administrative

the decision is quashed because of the violation of a constitutional standard, it then becomes necessary to consider the fundamental rights in issue and how they have been applied. Only in this way can it be determined whether the infringement of the constitutional standard is unjustified. In such a case, the outcome of the case depends on how the constitutional issue is resolved.

serait annulée. En ce sens, il est possible d'affirmer que l'affaire relève du droit administratif. Toutefois, si cette annulation survient à cause de la violation d'une norme constitutionnelle, il faut alors analyser les droits fondamentaux en cause et la manière dont ils ont été mis en œuvre. Seule cette analyse permet de déterminer si la violation de la norme constitutionnelle est injustifiée. La solution du litige dépend dans un tel cas de la réponse apportée au problème constitutionnel.

The proceedings before this Court bring into play, at least in theory, the constitutional guarantee of freedom of religion and the right of children and other persons at educational institutions to security, which is protected by s. 7 of the *Canadian Charter*. What relationship can be found between these sometimes competing rights when it is alleged that freedom of religion has been violated because of the failure to make reasonable accommodation? How can these rights be analysed?

145 Le débat porté devant notre Cour met en jeu, du moins théoriquement, la garantie constitutionnelle de liberté de religion et le droit à la sécurité des enfants et autres personnes fréquentant des établissements scolaires, droit que protège l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Comment mettre en rapport ces droits parfois concurrents devant l'allégation de violation de la liberté de religion pour cause d'absence d'accommodement raisonnable? Comment procéder à l'analyse de ces droits?

In such circumstances, it becomes very tempting to go directly to the stage of s. 1 justification, which provides courts, tribunals and litigants with the advantage of a familiar, well-established framework. However, in applying the *Canadian Charter*, not everything can be resolved under s. 1. To begin with, it is still necessary to analyse the right in issue, define its content and, where relevant, consider the scope of competing rights. The definition of the content of a right does not correspond systematically to a limit that must be justified by means of the approach developed in the cases on s. 1.

146 Devant un tel scénario, la tentation devient grande de passer immédiatement à l'étape de la justification au regard de l'article premier, celui-ci offrant aux tribunaux et aux plaideurs l'avantage d'un cadre connu et bien établi. Cependant, dans la mise en œuvre de la *Charte canadienne*, tout ne saurait se régler par le truchement de l'article premier. Encore faut-il, au départ, analyser le droit invoqué, définir son contenu et, le cas échéant, examiner la sphère d'application des droits concurrents. La définition du contenu d'un droit ne correspond pas systématiquement à une limitation qui doit être justifiée au moyen de la méthode établie par la jurisprudence portant sur l'article premier.

B. *Delimitation and Reconciliation of Guaranteed Rights*

B. *La délimitation et la conciliation des droits garantis*

147 A question that arises in the initial stages of the review of an alleged violation of a constitutional right is that of the nature and scope of the right. What the right is must be determined, and its boundaries must be established. Establishing these boundaries requires consideration of the guaranteed right's relationship with competing rights

147 Dès les premières étapes de l'étude d'une allégation de violation d'un droit garanti par la Constitution se pose le problème de la nature et de la portée de ce dernier. Il faut rechercher en quoi consiste ce droit et en tracer les frontières. L'établissement de celles-ci requiert l'examen des rapports du droit garanti avec les droits

and sometimes leads to the necessary finding that rights come with corresponding obligations. We not only have rights, we also have obligations. How the *Canadian Charter* is applied, and the flexibility with which it is applied, are an acknowledgment of this reality. The application of the *Canadian Charter* does not always involve solely the relationship between the guaranteed rights of individuals and government action limiting those rights. The relationship is often more complex, as it could have been in the instant case. The school board's decision could have affected the competing right of all the students to security of the person under s. 7. It is therefore necessary to find approaches to applying the *Canadian Charter* that reflect the need to harmonize values and reconcile rights and obligations.

concurrents et amène, parfois, la nécessaire constatation qu'à un droit correspond une obligation. Nous ne sommes pas seulement titulaires de droits, mais aussi débiteurs d'obligations. La structure et la flexibilité de l'application de la *Charte canadienne* reconnaissent cette réalité. La mise en œuvre de celle-ci ne met pas toujours seulement en rapport le droit garanti à l'individu et l'intervention de l'État qui restreint ce droit. La relation est souvent plus complexe, comme elle aurait pu l'être dans la présente cause. La décision de la Commission scolaire pouvait toucher le droit concurrent de l'ensemble des élèves à la sécurité de leur personne, protégé par l'art. 7. Il faut alors chercher des méthodes d'application de la *Charte canadienne* qui respectent la nécessité d'harmoniser des valeurs et de concilier des droits et des obligations.

148 With respect for those who disagree, while this Court has indeed favoured resorting to the s. 1 justification process with respect to freedom of religion, its decisions have never definitively established that this approach is the only way to reconcile competing or conflicting fundamental rights. This is not what emerges from the Court's decisions. Nor would it be desirable. The complexity of the situations to which the *Canadian Charter* applies is unsuited to simplistic formulas, as it is to rigid classifications.

Avec égards pour l'avis contraire, même si notre Cour a privilégié cette technique dans l'application de la liberté de religion, sa jurisprudence n'a jamais établi définitivement que le recours à la procédure de justification prévue par l'article premier constitue la seule méthode de conciliation des droits fondamentaux concurrents ou conflictuels. Cela ne ressort pas de ses décisions. Cela ne serait pas souhaitable non plus. La complexité des situations visées par la *Charte canadienne* s'accommode mal du simplisme des formules comme de la rigidité des classifications.

149 Case law developed over 20 years or more can no doubt be used to support any opinion or position. A variety of quotations can be taken from this Court's successive decisions. Attempts can be made to distinguish those decisions or to reconcile them. Doing this would probably not lead to the conclusion that the Court intended to create a straitjacket in which it would be confined when trying to resolve issues relating to the application of the *Canadian Charter* fairly and efficiently. The Court has not ruled out the possibility of reconciling or delimiting rights before applying s. 1. This is shown by two cases decided more than 10 years apart, *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, and a very recent decision, *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62,

Vingt ans et plus de jurisprudence permettent sans doute d'appuyer toutes les opinions ou toutes les thèses. On peut extraire des citations diverses des arrêts successifs de notre Cour. On peut tenter de distinguer ces arrêts ou de les concilier. Cela ne permettrait probablement pas de conclure que notre Cour a voulu s'enfermer dans un carcan pour résoudre avec justice et efficacité les problèmes d'application de la *Charte canadienne*. Elle n'a exclu ni la conciliation ni la délimitation des droits avant le recours à l'article premier. En témoignent à plus de dix ans d'intervalle l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, et, tout récemment, l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62, par. 56-57 et par. 60-61, le premier portant

at paras. 56-57 and 60-61, the first of which deals with freedom of religion and the second with freedom of expression.

Moreover, this Court has never definitively concluded that the s. 1 justification analysis must be carried out mechanically or that all its steps are relevant to every situation. *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, is one case that recognizes the flexibility of the *Oakes* analysis and the usefulness of that flexibility. In *Dagenais*, the Court reviewed common law rules that affected two protected rights, the right to a fair trial and freedom of expression, and used a simplified approach that was based on the balancing of rights and dispensed with certain steps of the now classical approach.

This flexibility also makes it possible to apply the *Canadian Charter* and its values to a wide range of administrative acts without necessarily being confined by the norm-decision duality. Although appealing from the standpoint of legal theory, this dualism underestimates the problems that arise in applying the classifications it invites. It also entails a risk of narrowing the scope of constitutional review of compliance with the *Canadian Charter* and its underlying values. In this regard, I share the concerns expressed by my colleague Charron J. in her reasons.

The approaches followed to apply the *Canadian Charter* must be especially flexible when it comes to working out the relationship between administrative law and constitutional law. In verifying whether an administrative act is consistent with the fundamental normative order, recourse to administrative law principles remains initially appropriate for the purpose of determining whether the adopted measure is in conformity with the powers delegated by legislation to school authorities. If it is authorized by that delegation, the exercise of the discretion to adopt safety measures to protect the public and students must then be assessed in light

sur la liberté de religion, le second sur la liberté d'expression.

150 Par ailleurs, notre Cour n'a jamais conclu de façon définitive que la méthode de justification en vertu de l'article premier devait s'appliquer mécaniquement et que chacune de ses étapes étaient pertinentes dans toute situation. L'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, notamment, reconnaît la flexibilité de la méthode établie par l'arrêt *Oakes* et l'utilité de cette caractéristique. Prononcé à l'occasion de l'examen de règles de common law mettant en jeu deux droits protégés, en l'occurrence le droit à un procès juste et la liberté d'expression, l'arrêt *Dagenais* utilisait une méthode simplifiée, qui était basée sur la mise en équilibre des droits et faisait l'économie de certaines étapes de la méthode maintenant classique.

151 Cette flexibilité permet d'ailleurs d'appliquer la *Charte canadienne* et ses valeurs à un large éventail d'actes administratifs, sans qu'il soit besoin de s'enfermer dans le dualisme norme/décision. Malgré son attrait au niveau de la théorie juridique, ce dualisme sous-estime les difficultés de mise en œuvre des classements auxquels il invite. Il comporte également un risque de réduction du champ d'application du contrôle constitutionnel du respect de la *Charte canadienne* et des valeurs qui la sous-tendent. À cet égard, je partage les inquiétudes exprimées par ma collègue la juge Charron dans ses motifs.

152 La flexibilité des méthodes d'application de la *Charte canadienne* doit se manifester particulièrement dans l'aménagement des rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel. Lorsqu'il s'agit de contrôler la conformité d'un acte administratif à l'ordre normatif fondamental, le recours aux principes du droit administratif demeure pertinent au départ pour déterminer si la mesure qui a été prise reste à l'intérieur des pouvoirs délégués par voie législative aux administrations scolaires. S'il est autorisé par cette délégation, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de prendre des mesures de sécurité pour la protection du public et des élèves

of constitutional guarantees and the values they reflect.

153 Where the exercise of such a discretion has an impact on the relationship between competing constitutional rights, those rights can be reconciled in two ways. The first approach involves defining the rights and how they relate to each other, and the second consists of the justification process developed in the cases on s. 1. In the case at bar, the first approach can be dispensed with. The evidence does not show a *prima facie* infringement of the right to security of the person. Wrapped as it would be, the kirpan does not seem to be a threat to anyone. It is therefore necessary to turn to the second approach.

154 In attempting to justify the infringement under s. 1 of the *Canadian Charter*, as we know, the school board bears the burden of proving that prohibiting the kirpan is a reasonable limit on the constitutional right of the appellant's son to protection of his freedom of religion. In such an analysis, it is certainly necessary to bear in mind the importance of the obligations of safety and protection that school authorities have, under the law of civil liability and education legislation, to their students and also to third persons in respect of acts committed by students (P. Garant, *Droit scolaire* (1992), at pp. 319-45; *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 1460). It is possible that a justification could be found in the need to fulfil such obligations.

155 Moving on now to the application of s. 1, it must be asked whether the analytical approach established in *Oakes* need be followed in its entirety. In the case of an individualized decision made pursuant to statutory authority, it may be possible to dispense with certain steps of the analysis. The existence of a statutory authority that is not itself challenged makes it pointless to review the objectives of the act. The issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right, having regard to the context in which the right has been infringed. Reasonable accommodation that would meet the requirements

doit alors être mesuré à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci.

Si l'exercice d'un tel pouvoir met en cause les rapports entre des droits constitutionnels concurrents, la conciliation de ces droits peut se réaliser de deux façons. La première approche consisterait à intervenir au niveau de la définition des droits et de leur corrélation, la seconde à s'en remettre à la procédure de justification prévue par la jurisprudence portant sur l'article premier. Dans le cas qui nous occupe, il n'est pas nécessaire d'employer la première méthode. La preuve ne révèle pas d'atteinte *prima facie* au droit à la sécurité des personnes. Tel qu'il serait enveloppé, le kirpan ne semble pas constituer une menace pour quiconque. Il faut donc recourir à la seconde méthode.

Dans une tentative de justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, comme on le sait, la Commission scolaire assume le fardeau de démontrer que l'interdiction du kirpan représente une limite raisonnable au droit constitutionnel au fils de l'appelant à la protection de sa liberté de religion. On doit certes retenir, dans le cours d'une telle analyse, l'importance des obligations en matière de sécurité et de protection que le droit de la responsabilité civile et la législation scolaire imposent aux administrations scolaires à l'égard de leurs élèves et aussi à l'égard des tiers pour les gestes posés par les premiers (P. Garant, *Droit scolaire* (1992), p. 319-345; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1460). La justification pourrait se trouver dans la nécessité de remplir ces obligations.

Passant en conséquence à l'article premier, on doit se demander toutefois s'il est nécessaire d'appliquer intégralement la méthode d'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*. Dans le cas d'une décision individualisée, prise en vertu d'un pouvoir d'origine législative, on pourrait faire l'économie de certaines étapes de l'analyse. L'existence d'une autorisation législative qui n'est pas elle-même attaquée rend inutile l'examen des objectifs de l'acte. La question se réduit à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti, compte tenu du contexte dans lequel survient l'atteinte à ce droit. C'est à cette étape et

of the constitutional standard must be considered at this stage and in this context. In the case at bar, I must conclude that the respondent school board has not shown that its prohibition was justified and met the constitutional standard. I therefore agree with the conclusion proposed by my colleagues.

dans ce contexte que se situe l'examen de l'accommodement raisonnable qui satisferait aux exigences de la norme constitutionnelle. En l'espèce, je dois conclure que la Commission scolaire intimée n'a pas réussi à démontrer que son interdiction était justifiée et respectait la norme constitutionnelle. Je suis donc d'accord avec la conclusion proposée par mes collègues.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellants: Grey, Casgrain, Montréal.

Procureurs des appelants : Grey, Casgrain, Montréal.

Solicitor for the respondent Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys: François Aquin, Montréal.

Procureur de l'intimée la Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys : François Aquin, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Peterson, Stark, Scott, Surrey, British Columbia.

Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Peterson, Stark, Scott, Surrey, Colombie-Britannique.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Vernon Roy Mazzei *Appellant*

v.

Director of Adult Forensic Psychiatric Services and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

British Columbia Review Board, Ontario Review Board, Quebec Review Board, Nova Scotia Review Board, New Brunswick Review Board, Manitoba Review Board, Prince Edward Island Review Board, Saskatchewan Review Board, Alberta Review Board, Newfoundland Review Board, Northwest Territories Review Board, Yukon Review Board, Nunavut Review Board, Attorney General of Ontario, Community Legal Assistance Society and Mental Health Legal Advocacy Coalition *Interveners*

Vernon Roy Mazzei *Appelant*

c.

Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Commission d'examen de la Colombie-Britannique, Commission ontarienne d'examen, Commission québécoise d'examen, Commission d'examen de la Nouvelle-Écosse, Commission d'examen du Nouveau-Brunswick, Commission d'examen du Manitoba, Commission d'examen de l'Île-du-Prince-Édouard, Commission d'examen de la Saskatchewan, Commission d'examen de l'Alberta, Commission d'examen de Terre-Neuve, Commission d'examen des Territoires du Nord-Ouest, Commission d'examen du Yukon, Commission d'examen du Nunavut, procureur général de l'Ontario, Community Legal Assistance Society et Mental Health Legal Advocacy Coalition *Intervenants*

INDEXED AS: MAZZEI *v.* BRITISH COLUMBIA (DIRECTOR OF ADULT FORENSIC PSYCHIATRIC SERVICES)

Neutral citation: 2006 SCC 7.

File No.: 30415.

2005: November 14; 2006: March 16.

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : MAZZEI *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (DIRECTEUR DES ADULT FORENSIC PSYCHIATRIC SERVICES)

Référence neutre : 2006 CSC 7.

N° du greffe : 30415.

2005 : 14 novembre; 2006 : 16 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Mental disorder — Dispositions by Review Board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that Review Board may make

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

Droit criminel — Troubles mentaux — Décisions de la commission d'examen — Modalités des décisions — Code criminel prévoyant que les commissions d'examen

* Major J. took no part in the judgment.

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

dispositions directing that accused found not criminally responsible be detained in custody in hospital subject to conditions — Scope of Board's power — Whether Board has jurisdiction to make conditions binding on parties other than accused such as hospital authorities — If so, whether Board can impose conditions relating to medical treatment of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

In 1986, the accused, an aboriginal person, was found not guilty of several offences by reason of insanity. He was diagnosed as suffering from chronic paranoid schizophrenia, a serious antisocial behaviour, and organic brain damage. He was ordered to be held in strict custody. In 1992, pursuant to the new Part XX.1 of the *Criminal Code*, he was reclassified as "not criminally responsible" ("NCR") and fell under the jurisdiction of the British Columbia Review Board. After several unsuccessful conditional discharges, he was placed at the Forensic Psychiatric Hospital. The accused expressed the wish to attend a First Nations rehabilitation centre for his drug and alcohol addiction. At the hearing of the Review Board on April 3, 2002, the Board felt that the accused's treatment had reached an impasse and expressed concerns over the inadequate information provided by the accused's case manager and treatment team, as well as the accused's reluctance to cooperate with this treatment team. The Board ordered that the accused continue to be held in custody at the hospital. The disposition order required the Director of Adult Forensic Psychiatric Services, for the accused's next hearing, to provide an independent evaluation of the accused's diagnosis, treatment, and clinical progress; to provide an independent evaluation of his public safety risk in light of a new, refocused treatment plan; and, to undertake assertive efforts to enroll the accused in a culturally appropriate treatment program. The Director appealed to the Court of Appeal. It held that the Board did not have jurisdiction to make an order imposing medical treatment or to make conditions binding on anyone other than the accused. It struck the conditions imposed on the Director from the order.

Held: The appeal should be allowed.

Although the impugned order has been overtaken by subsequent orders and there is no longer a live

peuvent rendre des décisions portant que l'accusé non responsable criminellement soit détenu dans un hôpital sous réserve de modalités — Étendue du pouvoir de la commission — La commission a-t-elle le pouvoir de rendre des décisions liant des parties autres que l'accusé, notamment les autorités de l'hôpital? — Le cas échéant, la commission peut-elle imposer des modalités reliées au traitement médical de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

En 1986, l'accusé, un Autochtone, a été déclaré non coupable de plusieurs infractions pour cause d'aliénation mentale. Selon le diagnostic, il souffrait de schizophrénie paranoïde chronique, un trouble grave de la personnalité qui le rendait antisocial, et d'une atteinte cérébrale organique. Le tribunal a ordonné sa détention sous garde rigoureuse. En 1992, conformément à la nouvelle partie XX.1 du *Code criminel*, il a été classé dans la catégorie des personnes « non responsables criminellement » (« NRC ») et il relève depuis de la compétence de la commission d'examen de la Colombie-Britannique. Après de nombreuses libérations conditionnelles infructueuses, il a été placé au Forensic Psychiatric Hospital. L'accusé a dit souhaiter aller dans un centre autochtone de traitement pour soigner sa dépendance aux drogues et à l'alcool. Lors d'une audition le 3 avril 2002, la commission d'examen a estimé que le traitement de l'accusé était arrivé dans une impasse et s'est dite préoccupée par l'insuffisance des renseignements fournis par le gestionnaire de cas et l'équipe médicale de l'accusé, ainsi que par la réticence de ce dernier à collaborer avec l'équipe médicale. La commission a ordonné que l'accusé soit maintenu en détention à l'hôpital. La décision de la commission enjoignait au directeur des Adult Forensic Psychiatric Services, en vue de la prochaine audition du cas de l'accusé, de fournir une évaluation indépendante concernant le diagnostic, le traitement et les progrès cliniques de l'accusé, de fournir relativement au risque qu'il représentait pour la sécurité du public une évaluation indépendante établie en fonction d'une nouvelle thérapeutique réorientée, et de déployer des efforts soutenus en vue de fournir à l'accusé la possibilité de participer à un programme thérapeutique adapté à sa culture. Le directeur a interjeté appel de cette ordonnance à la Cour d'appel, qui a conclu que la commission n'avait pas compétence pour rendre une décision imposant un traitement médical ou pour fixer des modalités liant une personne autre que l'accusé. La Cour d'appel a radié de l'ordonnance les conditions imposées au directeur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Bien que l'ordonnance contestée de la commission ait été remplacée par des décisions subséquentes et qu'il

controversy between the parties, the issue of the powers of Review Boards remains unresolved and the Court has exercised its discretion to hear the appeal. The appropriate standard of review when considering the Review Board's jurisdiction to impose the conditions is "correctness". If the Board acted within its jurisdiction, and if its interpretation of s. 672.54 of the *Criminal Code* was correct, it must still be determined whether the conditions were "reasonable" (s. 672.78(1)(*a*)). [15-17]

Review Boards have the power and authority to make their orders and conditions binding on parties other than the accused, namely, the Director, hospital authorities and treatment teams. This is indicated by the ordinary meaning and grammatical sense of the words used in s. 672.54, the structure and wording of the French text, and the provisions in Part XX.1 dealing with the enforcement of orders and appeals. The legislative scheme and Parliament's intent also support this interpretation. The legislative scheme involves: (1) the creation of specialized Review Boards in each province and territory to oversee the management of NCR accused within the criminal justice system; and (2) the participation of provincial health authorities and facilities in delivering appropriate medical services where appropriate and necessary in order to facilitate the assessment and management of the threat to public safety posed by NCR accused and to improve their prospects for rehabilitation and community reintegration. In light of the Boards' mandate, Parliament could not have intended to charge these Boards with overseeing and implementing assessment and treatment without ensuring they could bind parties other than accused persons to their orders. [19-29]

The operational scheme of Part XX.1 and the way the courts have interpreted it reveal that Review Boards do not have the power to prescribe treatment. The authority to do so lies exclusively within the mandate of the provincial authority in charge of the hospital where the NCR accused is detained, pursuant to various provincial laws governing the provision of medical services to persons in the custody of a hospital facility. The role of Review Boards is merely to ensure that opportunities for medical treatment are provided. Granting Review Boards the power to impose treatment would interfere with the provincial legislative competence over health services. The composition of the Board and the expertise of its members support this interpretation of a Board's powers under s. 672.54. If a Board could prescribe treatment, the two members with no expertise in

n'existe plus de litige actuel entre les parties, la question des pouvoirs de la commission demeure entière et la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi. Pour l'examen de la compétence de la commission pour imposer les conditions, la norme de contrôle applicable est celle de la « décision correcte ». Si la commission a agi dans le cadre de sa compétence, et si son interprétation de l'art. 672.54 du *Code criminel* est juste, il reste encore à déterminer si les conditions étaient « raisonnables » (al. 672.78(1)*a*)). [15-17]

Les commissions d'examen ont le pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient des parties autres que l'accusé, notamment le directeur, les autorités de l'hôpital et les équipes médicales. C'est ce qu'indiquent le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'art. 672.54, la structure et la formulation du texte français de cette disposition ainsi que les dispositions de la partie XX.1 qui traitent de l'exécution des décisions et des appels. Le régime législatif et l'intention du législateur étayent également cette conclusion. Le régime législatif se caractérise par : (1) la création de commissions d'examen spécialisées dans chaque province et territoire pour surveiller la prise en charge de l'accusé NRC au sein du système de justice pénale; et (2) la participation des autorités provinciales de la santé et des établissements de santé provinciaux à la prestation des services médicaux appropriés, au besoin, afin de faciliter l'évaluation et la gestion du risque que représente l'accusé NRC pour la sécurité du public, et d'améliorer ses chances de réadaptation et de réinsertion dans la collectivité. Compte tenu du mandat des commissions, le législateur ne peut pas avoir voulu charger ces commissions de la surveillance et de l'application du régime d'évaluation et de traitement sans s'assurer qu'elles puissent rendre des décisions opposables à des parties autres que les accusés. [19-29]

La structure opérationnelle de la partie XX.1 et son interprétation par les tribunaux révèlent que les commissions d'examen n'ont pas le pouvoir de prescrire un traitement. Ce pouvoir appartient exclusivement à l'autorité provinciale responsable de l'hôpital où l'accusé NRC est détenu, conformément aux diverses lois provinciales régissant la prestation des services médicaux aux personnes détenues dans un établissement hospitalier. Les commissions d'examen doivent simplement s'assurer que l'on offre la possibilité de recevoir un traitement médical. En accordant aux commissions d'examen le pouvoir d'imposer un traitement, on empiéterait sur la compétence législative des provinces en matière de services de santé. La composition des commissions et l'expertise de leurs membres étayent cette interprétation des pouvoirs que l'art. 672.54

psychiatry could conceivably render a disposition over the objections of the third member who is required by the *Code* to be entitled to practise psychiatry. Granting Review Boards the power to prescribe treatment would also grant a similar power to courts despite their lack of relevant expertise, because a court hearing an appeal from a Board's order can make any disposition that the Board could have made. [30-38]

Although Review Boards do not have the power to prescribe treatment, they do have the power to make orders and attach conditions "regarding" or relative to the "supervision" of the medical treatment of an NCR accused. In order to fulfill their statutory role and mandate, i.e., making appropriate disposition orders aimed at protecting the public while safeguarding the liberty interests of the accused, they must have some supervisory power over the medical treatment of NCR accused persons. The scope of a Board's power to make, in a supervisory capacity, orders and conditions that are "related to" or "regarding" an accused's medical treatment arguably includes anything short of actually prescribing treatment. A Review Board must be able to form its own independent opinion of an accused's treatment, prospects for rehabilitation and reintegration, and risk to public safety, and this requires that it be entitled to order a re-evaluation of treatment approaches and an exploration of alternative treatments where necessary. The authority for this power is derived from the purpose of the legislative scheme, the mandate and expertise of Review Boards, and the wording of various sections of Part XX.1; it is also echoed in the jurisprudence. [39-47]

Properly interpreted, the second part of s. 672.55(1) is not a true exception to the prohibition against prescribing treatment, but represents an example of the Board's supervisory power over treatment decisions. Section 672.55(1) should have a narrow and limited application and scope. In essence, this power to make a condition "regarding" treatment under s. 672.55(1) is merely a reflection of the Board continuing to fulfill its mandate to provide "opportunities for treatment" in situations where the accused is in the community and no longer under the supervision of a provincial health authority. [50-55]

accorde aux commissions. Si une commission pouvait prescrire un traitement, les deux membres n'ayant aucune expertise en psychiatrie pourraient rendre une décision malgré les objections du troisième membre qui doit, aux termes du *Code*, être autorisé à exercer la psychiatrie. Accorder aux commissions d'examen le pouvoir d'imposer un traitement conférerait aussi un pouvoir similaire aux tribunaux même s'ils ne possèdent pas l'expertise pertinente, puisqu'une cour qui entend l'appel d'une décision d'une commission peut rendre toute décision que la commission aurait pu rendre. [30-38]

Même si les commissions d'examen n'ont pas le pouvoir de prescrire un traitement, elles ont en fait le pouvoir de rendre des décisions assorties de modalités « reliées » ou « relatives » à la « supervision » du traitement médical d'un accusé NRC. Afin de s'acquitter du rôle et du mandat que la loi leur a confiés, à savoir de rendre des décisions appropriées en vue de protéger le public tout en protégeant le droit à la liberté de l'accusé, elles doivent disposer d'un certain pouvoir leur permettant de superviser le traitement médical des accusés non responsables criminellement. On pourrait soutenir que l'étendue du pouvoir des commissions, dans leur fonction de supervision, de rendre des décisions et de fixer des modalités « reliées » ou « relatives » au traitement médical d'un accusé englobe tout sauf le fait même de prescrire le traitement. Une commission d'examen doit être en mesure de former sa propre opinion indépendante sur le traitement de l'accusé, sur ses chances de réadaptation et de réinsertion et sur le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public, et elle doit pouvoir ordonner que l'on procède à une réévaluation des méthodes de traitement et à une exploration des solutions de rechange au besoin. Ce pouvoir découle de l'objet du régime législatif, du mandat et de l'expertise des commissions d'examen, de même que du libellé des diverses dispositions de la partie XX.1; il trouve aussi écho dans la jurisprudence. [39-47]

Interprétée correctement, la deuxième partie du par. 672.55(1) ne constitue pas une véritable exception à l'interdiction de prescrire un traitement mais n'est qu'un exemple du pouvoir de supervision dont dispose la commission à l'égard des décisions relatives au traitement. L'application et la portée du par. 672.55(1) devraient être restrictives et limitées. Pour l'essentiel, le pouvoir de fixer une condition « relative » à un traitement prévu au par. 672.55(1) est simplement une manifestation du mandat de la commission qui consiste à offrir la « possibilité de recevoir un traitement » lorsque l'accusé se trouve dans la collectivité et qu'il n'est plus sous la supervision d'une autorité provinciale en matière de santé. [50-55]

The conditions imposed on the Director should not have been struck from the Board's order. They constitute a valid exercise of the Board's powers and jurisdiction under s. 672.54. They fall squarely within its authority to question the accused's treatment plan, to explore new treatment possibilities, to supervise his rehabilitation and to assess his risk to public safety. The conditions do not interfere with the accused's treatment plan or the Director's discretionary authority. All three conditions were reasonable in that they were amply supported by the evidence at the Board's hearing, and they were justified by the impasse in the accused's treatment and the perceived lack of accurate and useful information concerning the accused at the hearing of April 3, 2002. [56-66]

Cases Cited

Referred to: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21; *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Manitoba (Attorney General) v. Wiebe*, [2005] 2 W.W.R. 707; *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Brockville Psychiatric Hospital v. McGillis* (1996), 2 C.R. (5th) 242.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XX.1, ss. 672.1, 672.38(1), 672.39, 672.41(1), 672.42, 672.54, 672.55(1), 672.58, 672.59(1), 672.62, 672.72 to 672.78, 672.81, 672.9 to 672.94.
Forensic Psychiatry Act, R.S.B.C. 1996, c. 156.
Mental Health Act, R.S.B.C. 1996, c. 288, s. 30.

Authors Cited

Concise Oxford English Dictionary, 11th ed. Oxford: University Press, 2004, "direct".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Levine and Smith JJ.A.) (2004), 28 B.C.L.R. (4th) 69, 200 B.C.A.C. 79 (*sub nom. Mazzei, Re*), 327 W.A.C. 79, 15 Admin. L.R. (4th) 274, 185 C.C.C. (3d) 196, [2004] B.C.J. No. 831 (QL) (*sub nom. British Columbia (Attorney*

Les conditions imposées au directeur n'auraient pas dû être radiées de la décision de la commission. Elles constituent un exercice valide par la commission du pouvoir et de la compétence que lui accorde l'art. 672.54. Elles relèvent clairement de son pouvoir de remettre en question le programme thérapeutique de l'accusé, d'explorer de nouvelles avenues de traitement, de superviser sa réadaptation et d'évaluer le risque qu'il représente pour la sécurité du public. Les conditions n'empiètent pas sur le programme thérapeutique de l'accusé ou sur le pouvoir discrétionnaire du directeur. Les trois conditions étaient raisonnables en ce qu'elles étaient amplement étayées par la preuve dont disposait la commission à l'audition et qu'elles étaient justifiées par l'impasse que présentait le traitement de l'accusé et le manque apparent, à l'audience du 3 avril 2002, de renseignements exacts et utiles concernant l'accusé. [56-66]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21; *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Manitoba (Attorney General) c. Wiebe*, [2005] 2 W.W.R. 707; *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172; *Brockville Psychiatric Hospital c. McGillis* (1996), 2 C.R. (5th) 242.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie XX.1, art. 672.1, 672.38(1), 672.39, 672.41(1), 672.42, 672.54, 672.55(1), 672.58, 672.59(1), 672.62, 672.72 à 672.78, 672.81, 672.9 à 672.94.
Forensic Psychiatry Act, R.S.B.C. 1996, ch. 156.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7).
Mental Health Act, R.S.B.C. 1996, ch. 288, art. 30.

Doctrine citée

Concise Oxford English Dictionary, 11th ed. Oxford : University Press, 2004, « *direct* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Levine et Smith) (2004), 28 B.C.L.R. (4th) 69, 200 B.C.A.C. 79 (*sub nom. Mazzei, Re*), 327 W.A.C. 79, 15 Admin. L.R. (4th) 274, 185 C.C.C. (3d) 196, [2004] B.C.J. No. 831 (QL) (*sub nom. British Columbia*

General) v. British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services)), 2004 BCCA 237, striking conditions from an order of the British Columbia Review Board. Appeal allowed.

Rod Holloway and *Garth Barriere*, for the appellant.

Angela R. Westmacott and *Deborah K. Lovett, Q.C.*, for the respondent the Director of Adult Forensic Psychiatric Services.

George H. Copley, Q.C., and *Lyle B. Hillaby*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Mark G. Underhill*, for the intervener the British Columbia Review Board.

Maureen D. Forestell and *Joseph Wright*, for the interveners the Ontario Review Board, the Quebec Review Board, the Nova Scotia Review Board, the New Brunswick Review Board, the Manitoba Review Board, the Prince Edward Island Review Board, the Saskatchewan Review Board, the Alberta Review Board, the Newfoundland Review Board, the Northwest Territories Review Board, the Yukon Review Board and the Nunavut Review Board.

Sara Blake and *Heather Mackay*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David W. Mossop, Q.C., for the intervener the Community Legal Assistance Society.

Anita Szigeti, for the intervener the Mental Health Legal Advocacy Coalition.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

This appeal concerns the interpretation of Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46,

(Attorney General) c. British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services)), 2004 BCCA 237, qui a radié des conditions d'une décision de la Commission d'examen de la Colombie-Britannique. Pourvoi accueilli.

Rod Holloway et *Garth Barriere*, pour l'appelant.

Angela R. Westmacott et *Deborah K. Lovett, c.r.*, pour l'intimé le directeur des Adult Forensic Psychiatric Services.

George H. Copley, c.r., et *Lyle B. Hillaby*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Mark G. Underhill*, pour l'intervenante la Commission d'examen de la Colombie-Britannique.

Maureen D. Forestell et *Joseph Wright*, pour les intervenantes la Commission ontarienne d'examen, la Commission québécoise d'examen, la Commission d'examen de la Nouvelle-Écosse, la Commission d'examen du Nouveau-Brunswick, la Commission d'examen du Manitoba, la Commission d'examen de l'Île-du-Prince-Édouard, la Commission d'examen de la Saskatchewan, la Commission d'examen de l'Alberta, la Commission d'examen de Terre-Neuve, la Commission d'examen des Territoires du Nord-Ouest, la Commission d'examen du Yukon et la Commission d'examen du Nunavut.

Sara Blake et *Heather Mackay*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

David W. Mossop, c.r., pour l'intervenante Community Legal Assistance Society.

Anita Szigeti, pour l'intervenante Mental Health Legal Advocacy Coalition.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, 1

in particular s. 672.54, and a determination of the mandate of Review Boards and their authority to make orders affecting persons found "not criminally responsible on account of mental disorder" ("NCR"). The central question is the scope of the Boards' power to make conditions binding on hospital authorities, and in particular, conditions related to the provision of medical treatment.

ch. C-46, en particulier l'art. 672.54, et sur l'examen du mandat des commissions d'examen et de leur pouvoir de rendre des ordonnances touchant des personnes « non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux ». Au cœur du présent pourvoi se pose la question de l'étendue du pouvoir des commissions de fixer des modalités liant les autorités hospitalières et, plus particulièrement, des modalités reliées à la prestation de traitements médicaux.

1.1 *Summary of the Facts*

1.1 *Résumé des faits*

2 In 1986, the appellant Vernon Mazzei ("Mazzei") was found "not guilty by reason of insanity", pursuant to the former *Criminal Code* scheme dealing with mentally ill offenders, on counts of theft, robbery, unlawful confinement, breaking and entering, and assault with a weapon. In accordance with the applicable legislative scheme, Mazzei was ordered to be held in strict custody at the Forensic Psychiatric Institute, a secure inpatient facility located in Port Coquitlam, B.C., "at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council". Mazzei was diagnosed by a number of psychiatrists; the consensus seems to be that he suffers from chronic paranoid schizophrenia, a serious antisocial personality disorder, and organic brain damage, all of which appear to have been exacerbated by long-term and chronic substance abuse. In 1992, pursuant to the new Part XX.1 of the *Criminal Code*, Mazzei was re-classified as "NCR" and fell under the jurisdiction of the British Columbia Review Board ("Board"). Mazzei's numerous Board hearings resulted in several conditional discharges; all but one of these orders led to Mazzei being returned to strict hospital custody, either because of breaches of conditions of discharge, or because his unchanged mental condition, antisocial behaviour and substance abuse continued to give rise to a threat to public safety. On October 1, 2001, while under a conditional discharge, Mazzei pleaded guilty to theft under $5,000; this was a breach of a previous Board order. On November 1, 2001, the Board ordered that Mazzei be placed at the Forensic Psychiatric Hospital ("Hospital"), but

En 1986, l'appelant Vernon Mazzei (« M. Mazzei ») a été déclaré « non coupable pour cause d'aliénation mentale », selon l'ancien régime établi par le *Code criminel* à l'égard des contrevenants atteints de troubles mentaux, des accusations de vol, vol qualifié, séquestration, introduction par effraction et agression armée. Conformément au régime législatif applicable, le tribunal a ordonné que M. Mazzei soit tenu sous garde rigoureuse au Forensic Psychiatric Institute, un établissement protégé de soins hospitaliers situé à Port Coquitlam (C.-B.) « jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil soit connu ». M. Mazzei a été examiné par de nombreux psychiatres; ces derniers semblent convenir qu'il souffre de schizophrénie paranoïde chronique, d'un trouble grave de la personnalité, rendue antisociale, et d'une atteinte cérébrale organique, le tout apparemment exacerbé par une consommation prolongée et chronique d'alcool ou de drogues. En 1992, conformément à la nouvelle partie XX.1 du *Code criminel*, M. Mazzei a de nouveau été classé dans la catégorie des personnes non responsables criminellement et il relève depuis de la compétence de la commission d'examen de la Colombie-Britannique (« commission »). À l'issue de certaines des nombreuses auditions relatives à M. Mazzei, la commission a ordonné sa libération conditionnelle; mais à chaque fois, sauf une, M. Mazzei a dû retourner à l'hôpital sous garde rigoureuse, soit parce qu'il avait contrevenu aux conditions de sa libération, soit parce que, en raison de son état mental inchangé, de son comportement antisocial et de sa toxicomanie, il continuait

stated that this order should be reviewed within six months.

de représenter un risque pour la sécurité du public. Le 1er octobre 2001, alors qu'il bénéficiait d'une libération conditionnelle, M. Mazzei a plaidé coupable à une accusation de vol de moins de 5 000 $; il contrevenait ainsi à une ordonnance antérieure de la commission. Le 1er novembre 2001, la commission a ordonné le placement de M. Mazzei au Forensic Psychiatric Hospital (« hôpital »), tout en précisant que cette ordonnance devait être réexaminée dans un délai de six mois.

1.2 *The Impugned Board Order*

1.2 *L'ordonnance contestée de la commission*

At a new hearing on April 3, 2002, the Board heard evidence that, as an aboriginal person, Mazzei wished to attend a First Nations residential rehabilitation centre to receive culturally appropriate treatment for his drug and alcohol addictions. Mazzei's counsel urged the Board to take a new approach to his treatment, and to involve aboriginal resources and programs. However, the Board also heard evidence that Mazzei was "reluctant" to cooperate with his treatment team, and that he engaged in patterns of substance abuse and escape attempts (see Board's decision, at pp. 1-2). The Board expressed concern over the "late" and inadequate information provided by Mazzei's case manager and treatment team; his supervising psychiatrist's absence at the hearing; and his case manager's inability to answer many of the Board's questions (p. 2).

3 Lors d'une nouvelle audition, le 3 avril 2002, la commission a entendu des témoignages selon lesquels M. Mazzei souhaitait, en tant qu'Autochtone, aller dans un centre autochtone de traitement en établissement où il recevrait un traitement adapté à sa culture pour soigner sa dépendance aux drogues et à l'alcool. L'avocat de M. Mazzei a exhorté la commission à envisager le traitement de son client « sous un angle nouveau » et à faire appel aux ressources et programmes autochtones. Cependant, la commission a aussi entendu des témoignages selon lesquels M. Mazzei se montrait « réticent » à collaborer avec l'équipe médicale, qu'il était toxicomane et avait maintes fois tenté de fuir (voir décision de la commission, p. 1-2). La commission s'est dite préoccupée par le « retard » du gestionnaire de cas et de l'équipe médicale de M. Mazzei à lui fournir des renseignements et par l'insuffisance de ces derniers, par l'absence du psychiatre responsable de M. Mazzei à l'audition et par l'incapacité du gestionnaire de cas à répondre à plusieurs des questions de la commission (p. 2).

Ultimately, the Board ordered that Mazzei continue to be held in custody at the Hospital (until his next hearing, no later than four months), and imposed conditions allowing Mazzei limited community access and prohibiting the use of firearms, drugs and alcohol. However, the Board felt that Mazzei's medical treatment, clinical progress and reintegration prospects had reached a "troubling crossroads or impasse", and that Mazzei was "stuck in an untenable and unlikely-to-resolve situation" (p. 3). The Board indicated that Mazzei's current treatment plan "is meeting neither his nor

4 Finalement, la commission a ordonné que M. Mazzei soit maintenu en détention à l'hôpital (jusqu'à la prochaine audition, au plus tard dans quatre mois) et a imposé des conditions accordant à M. Mazzei un accès limité à la collectivité et lui interdisant d'utiliser des armes à feu et de consommer des drogues et de l'alcool. La commission a toutefois estimé que le traitement médical de M. Mazzei, ses progrès cliniques et ses possibilités de réinsertion étaient arrivés [TRADUCTION] « à la croisée des chemins ou dans une impasse inquiétante » et que M. Mazzei se trouvait [TRADUCTION] « coincé

the public's needs" (p. 4). Accordingly, the Board directed the respondent, the Director of Adult Forensic Psychiatric Services at the Hospital ("Director"), to reconsider Mazzei's current plan and explore new options. Specifically, the Board included the following three conditions in its disposition order, which are the subject of this appeal:

8. THAT for the accused's next hearing the Director undertake a comprehensive global review of Mr. Mazzei's diagnostic formulations, medications and programs with a view to developing an integrated treatment approach which considers the current treatment impasse and the accused's reluctance to become an active participant in his rehabilitation;

9. THAT for his next hearing the Board be provided with an independent assessment of the accused's risk to the public in consideration of the above refocussed treatment plan;

10. THAT the Director undertake assertive efforts to enroll the accused in a culturally appropriate treatment program . . . .

1.3 *The Court of Appeal's Decision* ((2004), 28 B.C.L.R. (4th) 69, 2004 BCCA 237)

5 The Director appealed this order to the British Columbia Court of Appeal ("B.C.C.A.") pursuant to s. 672.72, which provides for appeals by any "party" to a hearing (defined in s. 672.1 to include the Board, the accused, the person in charge of the Hospital and the provincial Attorney General). The Director alleged that the Board lacked the jurisdiction to impose conditions 8, 9 and 10. The B.C.C.A. unanimously allowed the appeal. Ryan J.A., writing for the court, found that according to the statutory scheme and the intent of Parliament, the role of the Board is restricted to the management of the

dans une situation intenable et vraisemblablement sans issue » (p. 3). La commission a indiqué que le programme thérapeutique établi à l'intention de M. Mazzei [TRADUCTION] « ne répondait ni à ses besoins ni à ceux du public » (p. 4). Par conséquent, la commission a ordonné à l'intimé, le directeur des Adult Forensic Psychiatric Services de l'hôpital (« directeur »), de reconsidérer le programme établi à l'intention de M. Mazzei et d'explorer de nouvelles avenues. Plus particulièrement, la commission a assorti sa décision des trois conditions suivantes, lesquelles font l'objet du présent pourvoi :

[TRADUCTION]

8. QUE, en vue de la prochaine audition du cas de M. Mazzei, le directeur procède à un examen global exhaustif du diagnostic, de la médication et des programmes en vue d'élaborer une thérapeutique intégrée qui tienne compte de l'impasse thérapeutique actuelle et de la réticence de l'accusé à participer activement à sa réadaptation;

9. QUE soit fournie à la commission, en vue de la prochaine audition, une évaluation indépendante du risque que représente l'accusé pour le public établie en fonction de la thérapeutique réorientée dont il est question ci-dessus;

10. QUE le directeur déploie des efforts soutenus en vue de fournir à l'accusé la possibilité de participer à un programme thérapeutique adapté à sa culture . . .

1.3 *La décision de la Cour d'appel* ((2004), 28 B.C.L.R. (4th) 69, 2004 BCCA 237)

Le directeur a interjeté appel de cette ordonnance à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (« C.A.C.-B. »), conformément à l'art. 672.72, qui accorde un droit d'appel à toute « partie » aux procédures (définie à l'art. 672.1 comme incluant la commission, l'accusé, le responsable de l'hôpital et le procureur général de la province). Le directeur a allégué que la commission n'avait pas compétence pour imposer les conditions 8, 9 et 10. La C.A.C.-B., à l'unanimité, a accueilli l'appel. S'exprimant au nom de la cour, la juge Ryan a conclu que, en conformité avec le régime

NCR accused for the protection of the public, while the Director is responsible for the accused's medical treatment (para. 79). A Board cannot make an order imposing medical treatment without violating this division of roles and responsibilities. Ryan J.A. also stated that when making a disposition order under s. 672.54, a Review Board may only impose conditions which are reasonable and necessary, based on expert evidence. Ryan J.A. found that it is "implicit in the scheme" that hospital staff "would be the experts recommending and delivering the treatment"; as a result, an order requiring them to consider and deliver medical treatment to Mazzei "would be redundant" (para. 77). Furthermore, Ryan J.A. found that the jurisprudence indicates that the Board cannot make conditions binding on anyone other than the accused (para. 90). Ryan J.A. concluded that conditions 8, 9 and 10 constituted an excess of jurisdiction, and an "interference" in matters wholly within the Director's mandate; as such, they were struck from the order (para. 91). Mazzei now appeals this decision.

1.4 *Relevant Legislative Provisions*

The relevant legislative provisions are set out in the Appendix. Amendments to ss. 672.1 effective June 30, 2005 and to ss. 672.54 and 672.55 effective January 2, 2006 do not affect the interpretation of Part XX.1 of the *Code* for the purposes of this appeal.

1.5 *Summary of the Disposition of This Appeal*

For the reasons that follow, I conclude that Mazzei's appeal should be allowed. Review Boards have the power to bind hospital authorities and to impose binding conditions regarding or supervising (but not prescribing or imposing) medical treatment for an NCR accused. In this case,

législatif et l'intention du législateur, le rôle de la commission se limite à la prise en charge de l'accusé non responsable criminellement en vue de la protection du public, alors que le directeur est responsable du traitement médical de l'accusé (par. 79). Une commission ne peut rendre une décision imposant un traitement médical sans porter atteinte à ce partage des rôles et des responsabilités. La juge Ryan a aussi affirmé que, lorsqu'elle rend une décision en vertu de l'art. 672.54, la commission d'examen ne peut l'assortir que des modalités qu'elle estime raisonnables et nécessaires, à la lumière du témoignage d'experts. La juge Ryan a conclu que [TRADUCTION] « l'économie de la loi suppose » que le personnel de l'hôpital [TRADUCTION] « serait le mieux placé pour recommander et administrer le traitement »; ainsi, une ordonnance enjoignant au personnel de l'hôpital de déterminer et d'administrer à M. Mazzei un traitement médical « serait redondante » (par. 77). En outre, la juge Ryan a statué que selon la jurisprudence, la commission ne peut fixer des modalités liant une personne autre que l'accusé (par. 90). Elle a conclu que les conditions 8, 9 et 10 constituaient un excès de compétence et un [TRADUCTION] « empiétement » sur un domaine relevant entièrement des attributions du directeur; pour cette raison, elles ont été radiées de l'ordonnance (par. 91). M. Mazzei se pourvoit maintenant de cette décision.

1.4 *Dispositions législatives pertinentes*

6 Les dispositions législatives pertinentes figurent à l'annexe. Pour les besoins de ce pourvoi, l'interprétation de la partie XXI du *Code* n'est pas touchée par les modifications apportées à l'art. 672.1 entrées en vigueur le 30 juin 2005, et celles apportées aux art. 672.54 et 672.55 entrées en vigueur le 2 janvier 2006.

1.5 *Résumé du dispositif du présent pourvoi*

7 Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Mazzei. Les commissions d'examen ont le pouvoir de lier les autorités hospitalières et de fixer des modalités contraignantes qui concernent (mais qui ne prescrivent ni n'imposent) le traitement médical d'un accusé non responsable

conditions 8, 9 and 10 were well within the Board's supervisory powers. These conditions are clearly linked to the Board's mandate to assess and manage Mazzei's threat to public safety, and were part of an appropriate disposition order aimed at protecting society while minimizing restrictions on his liberty.

2. Issues and Submissions of the Parties

2.1 *Issues on Appeal*

8 The issues at the heart of this appeal are: (1) whether a Review Board has the authority to make conditions binding on hospital authorities such as the Director, and if so, whether this may include conditions related to medical treatment; and (2), if this is the case, whether the three conditions imposed by the Board in this instance were consistent with that power.

2.2 *Positions of the Parties and Interveners*

9 The appellant Mazzei argues that Review Boards have the power to make conditions binding on hospital authorities, and specifically to prescribe or impose medical treatment. This power is derived from the Director's status as a participant in the Review Board disposition process and in fostering the rehabilitation and community reintegration of an accused. The extent of this power, especially with respect to medical treatment, is revealed by a contextual and purposive examination of the legislation. Pursuant to this Court's analysis in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, the purpose of s. 672.54 is to create a mechanism by which Review Boards assess and manage the risk to public safety represented by certain NCR accused persons, and craft appropriate disposition orders which protect society and facilitate the medical treatment of the accused, while restricting their liberty as little as possible.

criminellement ou ont pour objet la supervision de ce traitement. En l'espèce, les conditions 8, 9 et 10 entraient tout à fait dans le cadre des pouvoirs de supervision de la commission. Ces conditions sont clairement liées au mandat de la commission d'évaluer et de gérer le risque que représente M. Mazzei pour la sécurité du public, et elles faisaient partie d'une décision appropriée pour la protection du public tout en réduisant au minimum les privations de liberté de l'accusé.

2. Questions en litige et prétentions des parties

2.1 *Questions en litige*

Au cœur du présent pourvoi se posent les questions suivantes : (1) une commission d'examen a-t-elle le pouvoir de fixer des modalités liant les autorités hospitalières, notamment le directeur, et, dans l'affirmative, peut-elle fixer des modalités relatives à un traitement médical? (2) Si tel est le cas, les trois conditions imposées par la commission en l'espèce étaient-elles conformes à ce pouvoir?

2.2 *Positions des parties et des intervenants*

L'appelant M. Mazzei soutient que les commissions d'examen ont le pouvoir de fixer des modalités liant les autorités hospitalières et, plus particulièrement, de prescrire ou d'imposer un traitement médical. Ce pouvoir découle du fait que le directeur participe au processus décisionnel de la commission d'examen et favorise la réadaptation d'un accusé et sa réinsertion dans la collectivité. L'étendue de ce pouvoir, en particulier en ce qui a trait au traitement médical, ressort de l'examen contextuel et téléologique de la législation. Conformément à l'analyse de cette Cour dans *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, l'objet de l'art. 672.54 est de créer un mécanisme par lequel les commissions d'examen évaluent et gèrent le risque que représentent pour la sécurité du public certains accusés non responsables criminellement et rendent des décisions appropriées qui protègent la société et facilitent le traitement médical de l'accusé tout en restreignant le moins possible sa liberté.

The respondent Director and the respondent Attorney General of British Columbia argue that the Director is not subject to the Board's supervision but is instead governed by provincial statutes such as the *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288, and the *Forensic Psychiatry Act*, R.S.B.C. 1996, c. 156. The Director argues that the Board has no power over the medical services provided to an NCR accused. The respondents argue that the Board's function is only meant to provide the accused with due process and fairness; its power is simply to obtain information to assess the risk posed by the accused, and make an appropriate disposition. That order must be concerned solely with managing the accused's safety risk; it cannot interfere with the doctor-patient relationship established between the hospital and the accused. Conditions in an order bind the accused and no one else, since they can only touch on issues of security, hospital privileges and/or community access, and cannot address medical treatment issues.

10 Le directeur et le procureur général de la Colombie-Britannique, intimés, font valoir que le directeur n'est pas assujetti à la supervision de la commission, mais qu'il est plutôt régi par les lois provinciales telles que la *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 288, et la *Forensic Psychiatry Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 156. Le directeur soutient que la commission n'a aucun pouvoir sur les services médicaux prodigués à un accusé non responsable criminellement. Les intimés prétendent que le rôle de la commission est seulement de s'assurer que l'accusé bénéficie de l'application régulière de la loi et d'un traitement équitable; elle a simplement le pouvoir de recueillir les renseignements dont elle a besoin pour évaluer le risque que représente l'accusé et rendre une décision appropriée. Cette décision doit porter exclusivement sur la gestion du risque que représente l'accusé; elle ne peut empiéter sur la relation médecin-patient établie entre l'hôpital et l'accusé. Les modalités assortissant une ordonnance ne lient que l'accusé et personne d'autre, car elles ne peuvent porter que sur la sécurité, les privilèges relatifs à l'hôpital et l'accès à la collectivité, et elles ne peuvent toucher aux questions de traitement médical.

The intervener British Columbia Board argues that it has a statutory duty to ensure that an NCR accused is provided with appropriate treatment opportunities; this includes the need to question current approaches and explore new options. As a result, the Board must have the power to bind persons other than the accused. Ultimately, while the Board may not make conditions imposing treatment (outside of limited and narrow exceptions), it must have the power to scrutinize the current treatment plan and require the Director to explore alternative approaches. These arguments are echoed in the submissions from the interveners comprised of Boards in other provinces and territories.

11 La commission d'examen de la Colombie-Britannique intervenante soutient que la loi l'oblige à s'assurer qu'un accusé non responsable criminellement bénéficie de la possibilité de recevoir un traitement approprié; cela suppose qu'elle doit remettre en question les méthodes établies et explorer de nouvelles avenues. Par conséquent, la commission doit avoir le pouvoir de lier d'autres personnes que l'accusé. En définitive, bien que la commission ne puisse fixer des modalités prescrivant un traitement (sauf certaines exceptions limitées et restreintes), elle doit avoir le pouvoir d'examiner en détail le programme de traitement établi et d'obliger le directeur à explorer d'autres méthodes. Ces arguments sont repris dans les observations des commissions d'examen des autres provinces et territoires, intervenantes.

The intervener Attorney General of Ontario ("Ontario") focuses on the differences in provincial treatment schemes, applicable laws concerning medical services and consent to treatment, and the quantity and availability of

12 Le procureur général de l'Ontario (« l'Ontario ») intervenant met l'accent sur les différences qui caractérisent les plans de traitement provinciaux, les lois applicables en matière de services médicaux et de consentement au traitement, et la quantité des

resources. Ontario also argues that while a Board has the authority to make conditions binding on hospital authorities, it does not have the power to enforce them. While the Board has no authority to prescribe treatment, it must craft dispositions which provide opportunities for treatment. The Board has the authority to gather existing information in order to assess an accused's safety risk, but it cannot require the production of "new" information.

13 The intervener Community Legal Assistance Society ("CLAS"), which often represents accused persons at Board hearings, submits that the interpretation of s. 672.54 must be based on common sense and pragmatism. CLAS advocates a results-oriented approach where the court identifies the "appropriate outcome" based on concepts seen as "obviously true" by the community. A common-sense and practical interpretation of s. 672.54 requires hospital authorities to be bound by orders which engage the requisite support and services. CLAS submits that the Board may issue binding conditions on the Director to treat Mazzei, if the order is the "least onerous and least restrictive" possible.

14 Finally, the intervener Mental Health Legal Advocacy Coalition ("MHLAC"), a "consumer advocacy" organization, many of whose members have been subject to Review Board orders, focusses on the self-identified needs of NCR accused and their participation in their own treatment. MHLAC argues that Review Boards must have the power to make conditions concerning medical treatment binding on hospital authorities, to the extent that the accused consents or requests this of the Board, and if the treatment is reasonable and necessary. Ultimately, MHLAC argues that in order to achieve a patient-centred mental health system, the Board must play a supervisory role with respect to treatment, and must therefore have the power to make binding treatment orders.

ressources et leur disponibilité. L'Ontario soutient aussi que, bien que la commission ait le pouvoir de fixer des modalités liant les autorités hospitalières, elle n'a pas le pouvoir de les faire exécuter. Même si la commission ne peut pas prescrire un traitement, elle doit rendre des décisions qui offrent des possibilités de traitement. La commission a le pouvoir de recueillir des renseignements existants afin d'évaluer le risque que représente un accusé pour la sécurité, mais elle ne peut exiger la production de « nouveaux » renseignements.

La Community Legal Assistance Society (« CLAS ») intervenante, qui représente souvent des accusés aux audiences de la commission, soutient que l'interprétation de l'art. 672.54 doit être fondée sur le sens commun et le pragmatisme. La CLAS préconise une méthode axée sur les résultats où le tribunal indique le « résultat qui s'impose » en fonction de concepts que la collectivité considère comme « manifestement véritables ». Une interprétation logique et pratique de l'art. 672.54 exige que la direction de l'hôpital soit liée par les décisions qui font appel au soutien et aux services nécessaires. La CLAS soutient que la commission peut fixer des modalités obligeant le directeur à traiter M. Mazzei si la décision est « la moins sévère et la moins privative de liberté » possible.

Enfin, la Mental Health Legal Advocacy Coalition (« MHLAC ») intervenante, un organisme de « défense des consommateurs » dont plusieurs membres ont fait l'objet de décisions de la commission d'examen, insiste pour sa part sur les besoins que les accusés non responsables criminellement ont eux-mêmes identifiés et sur la participation de ces derniers à leur traitement. La MHLAC soutient que les commissions d'examen doivent être habilitées à fixer des modalités relatives à un traitement médical qui lient les autorités hospitalières dans la mesure où l'accusé y consent ou en fait la demande à la commission, et où le traitement est raisonnable et nécessaire. Finalement, la MHLAC fait valoir que, pour arriver à mettre en place un système de santé mentale axé sur le patient, la commission doit jouer un rôle de supervision en matière de traitement et doit donc avoir le pouvoir de rendre des ordonnances de traitement qui sont contraignantes.

3. Preliminary Considerations

3.1 *Mootness*

It should be noted at the outset that this appeal is in fact moot, as the impugned order of the Board has been overtaken by subsequent orders; there is no "live controversy" between the parties (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 353-54). However, all parties agree (as they did before the B.C.C.A., and as did the B.C.C.A. itself) that because the impugned order is "capable of repetition, yet evasive of review" (B.C.C.A., at para. 3), the appeal should still be heard. The issue here (the Board's powers) remains unresolved and is likely to come before the courts again. Yet it is "evasive of review" in terms of requiring a "live" dispute between parties in an adversarial context; this is because new orders are continuously crafted, and as is the case here, a controversial order may be quickly overtaken by subsequent orders. This Court should therefore exercise its discretion (as per *Borowski*) to hear this appeal.

3.2 *Standard of Review*

The appropriate standard of review when considering the Board's decision that it had the jurisdiction to impose conditions 8, 9 and 10 is that of "correctness". Under s. 672.78(1)(*b*), a court of appeal may allow an appeal from a disposition order if that order is based on a "wrong decision on a question of law". Here, the Director appealed the Board's order because of an alleged excess of jurisdiction concerning its ability to issue binding orders relating to Mazzei's treatment. Because this is a "question of law" arising from the interpretation of s. 672.54, the standard of review is undeniably that of "correctness", in accordance with the wording of s. 672.78(1)(*b*). That is, the Board must be correct in interpreting its powers under s. 672.54, because it cannot make a "wrong" decision in that regard. This was the standard adopted

3. Considérations préliminaires

3.1 *Caractère théorique*

15 Il faut signaler au départ que le présent pourvoi est en fait théorique puisque l'ordonnance contestée de la commission a été remplacée par des décisions subséquentes; il n'existe aucun « litige actuel » entre les parties (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 353-354). Cependant, toutes les parties conviennent (comme elles l'ont fait devant la C.A.C.-B., et comme cette dernière l'a fait elle-même) que, parce que l'ordonnance contestée est [TRADUCTION] « susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux » (C.A.C.-B., par. 3), le pourvoi devrait quand même être entendu. La question en l'espèce (les pouvoirs de la commission) demeure entière et les tribunaux pourraient de nouveau en être saisis. Pourtant, elle échappe à l'examen judiciaire, compte tenu de l'exigence du litige « actuel » entre les parties dans un contexte contradictoire; il en est ainsi parce que de nouvelles ordonnances sont continuellement formulées et que, comme en l'espèce, une ordonnance contestée peut rapidement être remplacée par des décisions subséquentes. Cette Cour devrait donc exercer son pouvoir discrétionnaire (comme dans l'arrêt *Borowski*) et entendre le présent pourvoi.

3.2 *Norme de contrôle*

16 Pour l'examen de la décision de la commission affirmant que celle-ci avait compétence pour imposer les conditions 8, 9 et 10, la norme de contrôle applicable est celle de la « décision correcte ». Selon l'al. 672.78(1)*b*), une cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision si elle est d'avis qu'il s'agit « d'une erreur de droit ». En l'espèce, le directeur a interjeté appel de la décision de la commission parce que cette dernière aurait outrepassé sa compétence en ce qui concerne son pouvoir de rendre des décisions contraignantes relatives au traitement de M. Mazzei. Parce qu'il s'agit d'une « question de droit » découlant de l'interprétation de l'art. 672.54, la norme de contrôle est indéniablement celle de la « décision correcte », conformément au libellé de l'al. 672.78(1)*b*). Ceci signifie que la commission doit interpréter

by the B.C.C.A. at paras. 27-28. It is also implicitly echoed in this Court's jurisprudence: see *Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20 ("*Penetanguishene*"), and *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21, at paras. 24-29.

17 If the Board acted within its jurisdiction, and if its interpretation of s. 672.54 was correct, it must still be determined whether conditions 8, 9 and 10 were "reasonable". This is mandated by s. 672.78(1)(*a*), which states that a court of appeal may allow an appeal from a Board disposition order if that order "is unreasonable or cannot be supported by the evidence", which corresponds to the administrative law standard of review of "reasonableness *simpliciter*". This was confirmed in *R. v. Owen*, [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33, at para. 33: "the Court of Appeal should ask itself whether the Board's risk assessment and disposition order was unreasonable in the sense of not being supported by reasons that can bear even a somewhat probing examination .... If the Board's decision is such that it could reasonably be the subject of disagreement among Board members properly informed of the facts and instructed on the applicable law, the court should in general decline to intervene". It should be noted that the (un)reasonableness of conditions 8, 9 and 10 in the present case was only an alternative ground of appeal by the Director at the B.C.C.A. (and it is only briefly discussed in the Director's factum before this Court). It was not explicitly raised as an issue in this appeal by the appellant Mazzei; furthermore, it is clearly a moot issue. Nevertheless, this Court should still address the reasonableness issue in order to provide guidance to courts and Review Boards in the future.

correctement les pouvoirs que lui confère l'art. 672.54, parce qu'elle ne peut pas faire d'« erreur » à cet égard. C'est la norme qu'a adoptée la C.A.C.-B. aux par. 27 et 28. Cette norme est aussi reprise implicitement dans la jurisprudence de notre Cour : voir *Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20 (« *Penetanguishene* »), et *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, [2004] 1 R.C.S. 528, 2004 CSC 21, par. 24-29.

Si la commission a agi dans le cadre de sa compétence, et si son interprétation de l'art. 672.54 est juste, il reste encore à déterminer si les conditions 8, 9 et 10 étaient « raisonnables ». C'est ce que prescrit l'al. 672.78(1)*a*), qui énonce que la cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision de la commission si elle est d'avis que la décision « est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », ce qui correspond à la norme de contrôle de la « décision raisonnable *simpliciter* » applicable en droit administratif. C'est ce qu'a confirmé l'arrêt *R. c. Owen*, [2003] 1 R.C.S. 779, 2003 CSC 33, par. 33 : « la Cour d'appel devrait se demander si l'évaluation du risque et l'ordonnance de la Commission étaient déraisonnables en ce sens qu'elles n'étaient étayées par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé [. . .] En règle générale, la cour devrait s'abstenir d'intervenir si la décision de la Commission est telle que les membres de la Commission ayant une bonne connaissance des faits et une perception juste du droit applicable pourraient raisonnablement se trouver en désaccord ». Il convient de signaler que devant la C.A.C.-B., le directeur n'a invoqué le caractère (dé)raisonnable des conditions 8, 9 et 10 en l'espèce qu'à titre de moyen d'appel subsidiaire (et ce moyen n'est abordé que brièvement dans le mémoire que le directeur a soumis à la Cour). L'appelant M. Mazzei ne l'a pas non plus invoqué explicitement dans le présent pourvoi; qui plus est, il s'agit manifestement d'une question théorique. La Cour devrait néanmoins examiner la question du caractère raisonnable afin de fournir aux tribunaux et aux commissions d'examen des indications pour l'avenir.

4. Analysis: The Interpretation of the Legislation

4.1 *The Power to Bind Persons Other Than the NCR Accused*

In my view, Review Boards generally have the jurisdiction to make orders and conditions binding on persons other than the accused. In this particular case, the issue under appeal at the B.C.C.A. was more specifically whether the Director can be bound by Board orders and conditions, and that is the issue before this Court; in my view, this question should be answered in the affirmative. The Director, and the treatment team and hospital administration by implication, are bound by Board orders and conditions. This stems from the wording of s. 672.54, the legislative scheme, Parliament's intent and the relevant case law.

4.1.1 The Wording of Section 672.54

Under s. 672.54, a Review Board (or a court) must craft an appropriate disposition order for persons found "NCR". The threshold determination is whether the accused represents a "significant threat to the safety of the public". If there is no threat, the NCR accused must be "discharged absolutely" (s. 672.54(*a*)). If there is a threat, the Board must order that the accused be "discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate" (s. 672.54(*b*)) or "detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate" (s. 672.54(*c*)). Ultimately, the order made must be "the least onerous and least restrictive to the accused", taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the accused's mental condition, his reintegration into society and his "other needs".

A consideration of the ordinary meaning and grammatical sense of the words used in s. 672.54 supports the notion that Review Boards have the power to issue orders which could be binding on persons other than the accused. When the Board

4. Analyse : l'interprétation de la loi

4.1 *Le pouvoir de lier des personnes autres que l'accusé non responsable criminellement*

18 À mon avis, les commissions d'examen ont généralement le pouvoir de rendre des décisions assorties de conditions qui lient des personnes autres que l'accusé. En l'espèce, la question soulevée en appel devant la C.A.C.-B. était plus précisément celle de savoir si le directeur pouvait être lié par les décisions et les modalités de la commission, et c'est la question que cette Cour est appelée à trancher. Selon moi, cette question doit recevoir une réponse affirmative. Le directeur et, implicitement, l'équipe médicale et l'administration hospitalière, sont liés par les décisions et les modalités de la commission. Cela découle du libellé de l'art. 672.54, du régime législatif, de l'intention du législateur et de la jurisprudence pertinente.

4.1.1 Le libellé de l'art. 672.54

19 Selon l'art. 672.54, une commission d'examen (ou un tribunal) doit formuler une décision appropriée à l'égard de la personne jugée « non responsable criminellement ». Elle doit d'abord déterminer si l'accusé représente un « risque important pour la sécurité du public ». S'il n'existe aucun risque, la décision doit porter « libération inconditionnelle » (al. 672.54*a*)) de l'accusé non responsable criminellement; s'il existe un risque, la commission doit rendre une décision portant « libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées » (al. 672.54*b*)) ou, « détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées » (al. 672.54*c*)). Finalement, la décision doit être « la moins sévère et la moins privative de liberté », compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses « besoins », notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

20 Un examen du sens ordinaire et grammatical des mots employés à l'art. 672.54 étaye l'idée que les commissions d'examen ont le pouvoir de rendre des décisions qui pourraient lier des personnes autres que l'accusé. Lorsque la commission ordonne autre

orders anything other than an absolute discharge, it either directs that the NCR accused "be discharged subject to such conditions . . ." or that the NCR accused "be detained in custody in a hospital, subject to such conditions . . .". It is the actual disposition (the conditional discharge or the hospital detention) which is "subject to" appropriate conditions — not the accused himself. The wording does not suggest, explicitly or implicitly, that the conditions refer to the accused's conduct and obligations. If Parliament had intended to ensure that conditions in disposition orders could only target and bind the accused, the statutory language would have been much more explicit. For example, the text could have indicated that the accused be discharged or detained "and be subject to such conditions . . ." (emphasis added). This wording would clearly indicate that it is the accused, and only the accused, who is targeted by the conditions imposed. The absence of such wording leaves the target of the Board's conditions open and indeterminate, such that orders and conditions may also bind other persons such as hospital authorities like the Director, depending on the circumstances.

21 This conclusion is reinforced by the French text of s. 672.54, which is worded and structured in a slightly different manner. While the English version indicates that the Board shall "direct" that the accused be discharged or detained subject to certain conditions (thus emphasizing the verb), the French text emphasizes the noun "*décision*" when it addresses the conditions in a disposition order. In the French text, the Board shall make "*une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités*", or "*une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités*". The French version indicates that it is the decision itself which is "subject to" appropriate conditions, rather than the accused himself. As with the English text, if the accused were the sole target of the conditions, the French text would have employed words indicating that the *accused* would be "*sujet à*" or "*soumis à*" certain conditions.

chose qu'une libération inconditionnelle, elle rend soit une décision « portant libération de l'accusé sous réserve des modalités . . . », soit une décision « portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités . . . ». C'est la décision proprement dite (la libération conditionnelle ou la détention dans un hôpital) qui est rendue « sous réserve » des modalités jugées indiquées — non pas l'accusé lui-même. Le libellé ne laisse pas entendre, explicitement ou implicitement, que les modalités visent la conduite et les obligations de l'accusé. Si le législateur avait voulu s'assurer que les modalités établies dans les décisions ne pourraient viser et lier que l'accusé, le libellé de la loi aurait été beaucoup plus explicite. Par exemple, le texte aurait pu indiquer que l'accusé doit être libéré ou détenu « et être assujetti aux modalités . . . » (je souligne). Ceci indiquerait clairement que c'est l'accusé, et seulement l'accusé, qui est visé par les modalités imposées. En l'absence d'un tel libellé, l'objet des modalités fixées par la commission reste ouvert et indéterminé, de sorte que les ordonnances et leurs modalités peuvent également, selon les circonstances, lier d'autres personnes, telles que les autorités de l'hôpital et son directeur.

Cette conclusion est renforcée par la version française de l'art. 672.54, laquelle est libellée et structurée de manière légèrement différente. Alors que la version anglaise indique que la commission doit « ordonner (*direct*) » que l'accusé soit libéré ou détenu sous réserve de certaines modalités (mettant ainsi l'accent sur le verbe), le texte français met l'accent sur le substantif « décision » lorsqu'il est question des modalités assortissant une décision. Dans le texte français, la commission doit rendre « une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités », ou « une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités ». La version française indique que c'est la décision elle-même qui est visée par l'expression « sous réserve » des modalités jugées indiquées, plutôt que l'accusé lui-même. À l'instar du texte anglais, si l'accusé était seul visé par les modalités, le texte français aurait employé des termes indiquant que l'*accusé* serait « sujet à » ou « soumis à » certaines conditions.

Finally, it should be noted that the text of s. 672.54 indicates that a Review Board "shall . . . direct that the accused be [discharged conditionally or detained in a hospital]"; this also supports the notion that Review Board orders and conditions are intended to bind other parties besides the NCR accused, including hospital authorities like the Director. By specifying that Review Boards are mandated to "direct" what happens to an NCR accused, rather than merely "ordering" a conditional discharge or hospital detention, the wording of s. 672.54 suggests that Parliament intended that Review Boards should supervise the process of implementing a disposition order or condition. The verb "to direct" is synonymous with controlling, supervising or governing the actions of others, including ordering them to carry out a decision: see *Concise Oxford English Dictionary* (11th ed. 2004), p. 406, "direct". This would imply that Review Boards have the power to bind others to their orders and conditions.

Enfin, signalons que selon le texte de l'art. 672.54, une commission d'examen « rend [. . .] une décision portant [libération conditionnelle ou détention de l'accusé dans un hôpital] »; cette formulation vient également appuyer l'idée que les ordonnances rendues par une commission d'examen et les modalités qui les assortissent sont censées lier des parties autres que l'accusé non responsable criminellement, notamment les autorités de l'hôpital comme le directeur. En précisant que les commissions d'examen ont pour mandat de « rendre une décision portant » sur le sort réservé à un accusé non responsable criminellement, plutôt que de simplement « ordonner » une libération conditionnelle ou une détention dans un hôpital, le libellé de l'art. 672.54 laisse entendre que le législateur a voulu que les commissions d'examen puissent superviser le processus de mise en œuvre de la décision ou de la modalité. Le verbe « *to direct* » est synonyme de contrôler, superviser ou régir les actions d'autrui, y compris ordonner à autrui d'appliquer une décision : voir *Concise Oxford English Dictionary* (11e éd. 2004), p. 406, « *direct* ». Cela signifie que les commissions d'examen ont le pouvoir rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient d'autres personnes.

22

4.1.2 The Legislative Scheme

Second, the legislative scheme as a whole also supports the conclusion that s. 672.54 grants Review Boards the authority to make orders and conditions binding on hospital authorities such as the Director. Whenever a Review Board or a court renders a decision under Part XX.1, the legislative scheme presupposes that hospital staff involved in the implementation of that decision or order shall abide by its terms. It would be illogical, as noted by the appellant and some of the interveners, for the Board to order the hospital detention of an accused without the ability to bind the person in charge of the hospital, and the treatment team and administrative staff involved in implementing this detention. If Boards are mandated to "make or review dispositions concerning any [NCR] accused" pursuant to ss. 672.38(1), with the specific mandate to make orders under s. 672.54 and to review such orders under s. 672.81,

4.1.2 Le régime législatif

Deuxièmement, l'ensemble du régime législatif étaye également la conclusion selon laquelle l'art. 672.54 accorde aux commissions d'examen le pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient les autorités hospitalières, notamment le directeur. Chaque fois qu'une commission d'examen ou un tribunal rend une décision fondée sur la partie XX.1, le régime législatif présuppose que le personnel hospitalier appelé à appliquer cette décision ou cette ordonnance doit en respecter les modalités. Il serait illogique, ainsi que l'ont signalé l'appelant et certains intervenants, que la commission ordonne la détention à l'hôpital d'un accusé sans qu'elle ait le pouvoir de lier le responsable de l'hôpital, de même que l'équipe médicale et le personnel administratif participant à la mise en œuvre de cette détention. Si les commissions ont pour mandat de « rendre ou de réviser des décisions concernant les accusés [non responsables

23

they cannot do so without the power to bind all hospital authorities involved.

24 As well, the provisions of the legislative scheme concerning the enforcement of orders and conditions issued by a Board do not support the respondents' view that a Board cannot make orders binding on anyone other than the accused. The respondents point out that the enforcement provisions of Part XX.1 (ss. 672.9 to 672.94) only contemplate consequences for the accused upon a breach of a disposition order or condition. However, this ignores the reality that the accused is under no obligation to abide by the terms and conditions of a Board's order other than his or her general submission to the State's criminal law power; as a result, specific enforcement provisions are required to ensure the NCR accused's compliance. In contrast, other parties involved (hospital authorities, for example) are already bound by provincial statutes to assume custody of the accused and provide treatment in accordance with the duties set out in those statutes, such as the British Columbia *Mental Health Act* and *Forensic Psychiatry Act*. The legislative scheme in Part XX.1 assumes that hospital authorities such as the Director are expected to comply, and will comply, with Board orders and conditions as a result of these specific statutory obligations. Because there is no such compulsion with respect to the accused, Part XX.1 provides a specific enforcement mechanism for ensuring the compliance and cooperation of the NCR accused regarding the implementation of Board orders.

25 Finally, the provisions in Part XX.1 dealing with appeals (ss. 672.72 to 672.78) implicitly support the conclusion that the Director must be bound by Board orders and conditions. As "parties" to the proceedings under s. 672.1, both the Director and the NCR accused are bound by a Board's

criminellement] », conformément au par. 672.38(1), et pour mandat spécifique de rendre des décisions, en vertu de l'art. 672.54, et de les réviser selon l'art. 672.81, elles ne peuvent le faire sans disposer du pouvoir de lier toutes les autorités hospitalières concernées.

De même, les dispositions du régime législatif qui portent sur l'exécution des décisions prononcées par une commission et de leurs modalités n'étayent pas l'opinion des intimés selon laquelle une commission ne peut rendre de décisions liant des personnes autres que l'accusé. Les intimés signalent que les dispositions relatives à l'exécution prévues à la partie XX.1 (art. 672.9 à 672.94) ne traitent que des conséquences qui attendent l'accusé qui ne respecte pas une décision ou une modalité. Cet argument ne tient toutefois pas compte du fait que l'accusé n'est pas tenu de respecter les modalités d'une décision de la commission, si ce n'est qu'il doit se soumettre en général au pouvoir qu'exerce l'État en droit criminel; pour cette raison, des dispositions d'exécution expresses sont nécessaires pour obliger l'accusé non responsable criminellement à les respecter. Par contre, d'autres parties intéressées (les autorités de l'hôpital, par exemple) sont déjà tenues par les lois provinciales d'assumer la garde de l'accusé et de lui offrir un traitement, conformément aux obligations que leur imposent ces lois, notamment la *Mental Health Act* et la *Forensic Psychiatry Act* de la Colombie-Britannique. Le régime législatif établi dans la partie XX.1 suppose qu'en raison de ces obligations légales expresses, les autorités hospitalières, notamment le directeur, doivent respecter, et respecteront, les décisions de la commission et leurs modalités. Comme l'accusé non responsable criminellement n'est pas assujetti à ces obligations, la partie XX.1 prévoit un mécanisme d'exécution particulier pour l'obliger à respecter les ordonnances de la commission et à collaborer à leur mise en œuvre.

Enfin, les dispositions de la partie XX.1 portant sur les appels (art. 672.72 à 672.78) appuient implicitement la conclusion selon laquelle le directeur doit être lié par les décisions de la commission et leurs modalités. Étant « parties » aux procédures en vertu de l'art. 672.1, le directeur et l'accusé non

disposition order and the conditions found therein. Either party may appeal that disposition order in whole or in part, on a question of law, fact, or mixed law and fact (see s. 672.72(1)). A provincial court of appeal then has the discretion to allow the appeal if the disposition order (or a part thereof) is "unreasonable or cannot be supported by the evidence", is based on "a wrong decision on a question of law", or gives rise to "a miscarriage of justice" (s. 672.78(1)). The Director's ability to appeal dispositions in whole or in part assumes and confirms the intention of Parliament that the Director be bound by those dispositions. Thus, because of their status as "parties" to Board proceedings, and because of their wide rights of appeal, hospital authorities such as the Director must comply with Board orders and conditions.

responsable criminellement sont tous deux liés par une décision de la commission et par les modalités qui l'assortissent. Chaque partie peut interjeter appel de cette décision, en tout ou en partie, pour toute question de droit, de fait ou mixte de droit et de fait (voir le par. 672.72(1)). Une cour d'appel provinciale peut alors, à sa discrétion, accueillir l'appel si elle est d'avis que la décision (ou une partie de celle-ci) « est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve », repose sur « une erreur de droit » ou qu'elle donne lieu à une « erreur judiciaire » (par. 672.78(1)). Le pouvoir dont dispose le directeur d'interjeter appel des décisions, en tout ou en partie, suppose et confirme que le législateur voulait que le directeur soit lié par ces décisions. Ainsi, parce qu'elles sont « parties » aux procédures de la commission, et parce qu'elles disposent de vastes droits d'appel, les autorités de l'hôpital, notamment le directeur, doivent respecter les décisions de la commission et leurs modalités.

4.1.3 Legislative Intent and Jurisprudential Development

Finally, Parliament's intent in enacting Part XX.1 and in setting out specific powers and a precise mandate for Review Boards also supports an interpretation of s. 672.54 which provides Review Boards with a wide latitude to make their orders and conditions binding on other parties such as hospital authorities. This legislative intent has been extensively discerned and developed in the jurisprudence dealing with Part XX.1. The amendments in Part XX.1 were designed to respond to and overcome the problems and concerns identified by this Court in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, with respect to the former legislative scheme's lack of procedural protections and assurances of dignity and fairness for mentally ill offenders. The former scheme was found to be, in pith and substance, legislation aimed at "the protection of society from dangerous people who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future" (*Swain*, at p. 998). The medical treatment of mentally ill offenders, according to this analysis, "may be incidentally involved in the process" but it is "not the dominant objective of the legislation" (*ibid.*). Medical treatment was therefore

4.1.3 L'intention du législateur et l'évolution de la jurisprudence

26

Enfin, l'intention du législateur dans l'adoption de la partie XX.1 et dans la formulation des pouvoirs spécifiques et du mandat précis des commissions d'examen milite également en faveur d'une interprétation de l'art. 672.54 qui assure aux commissions d'examen une grande latitude leur permettant de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient d'autres parties, telles que les autorités de l'hôpital. La jurisprudence portant sur la partie XX.1 a considérablement distingué et élaboré cette intention législative. Les modifications apportées par la partie XX.1 étaient censées répondre et remédier aux problèmes et aux préoccupations que cette Cour a dégagés dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, en ce qui concerne l'absence, dans l'ancien régime législatif, de garanties procédurales et de l'assurance que les contrevenants atteints de troubles mentaux soient traités avec dignité et équité. Cette Cour a jugé que l'ancien régime législatif visait à assurer, de par son le caractère véritable, « la protection de la société contre les individus dangereux qui ont eu un comportement prohibé par le *Code criminel* et ce, par le biais de la prévention de tels actes dans l'avenir » (*Swain*, p. 998).

part of the old scheme, but it was "not prescribed by the impugned provisions; rather, it constitutes the means to achieving their end, the protection of society" (*Swain*, at p. 1005). The problem with the former scheme was not its purpose or the way in which it incorporated a peripheral or ancillary concern for the medical treatment of mentally ill offenders; the problem lay in the lack of protections for procedural fairness and for ensuring the dignity and liberty interests of the NCR accused.

27 As revealed and developed in the jurisprudence dealing with Part XX.1, the new legislative scheme retains the former's overall purpose and its emphasis on the medical treatment of the NCR accused as merely an effect or an incident of Parliament's primary objective of protecting the public and managing an accused's safety risk, pursuant to its criminal law power. The new element added in Part XX.1 is an assurance of procedural fairness and dignity for the NCR accused, and a commitment to ensure that the NCR accused's liberty interests are to be infringed as minimally as possible. Writing for the majority in *Winko*, McLachlin J. (as she then was) affirmed that the dual purpose of Part XX.1 is: (1) "protect[ion of] the public", and (2) "fair treatment" of the accused (see, for example, at paras. 20, 21 and 44). This was repeated in *Penetanguishene*, at paras. 19, 30 and 69, in *Pinet*, at paras. 1 and 19, as well as in *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46, at para. 18.

28 It should be noted that the notion of "fair treatment" is intended to convey an assurance of procedural fairness, rather than a concern for "medical" treatment. The appellant in this case has perhaps erroneously equated McLachlin J.'s

Selon cette analyse, le traitement médical des contrevenants atteints de troubles mentaux « n'est pas l'objectif dominant des dispositions législatives », même si ce « processus peut certes comporter accessoirement une phase de traitement » (*ibid.*). Le traitement médical était donc un élément de l'ancien régime, mais il n'était « pas prescrit par les dispositions contestées; il ne constitue que le moyen d'atteindre les fins visées, soit la protection de la société » (*Swain*, p. 1005). Le problème de l'ancien régime n'était ni son objet ni la façon dont il s'intéressait, incidemment ou accessoirement, au traitement médical des contrevenants atteints de troubles mentaux; le problème résidait plutôt dans l'absence de garanties assurant l'équité procédurale et le respect des droits à la dignité et à la liberté de l'accusé non responsable criminellement.

Comme la jurisprudence portant sur la partie XX.1 l'a révélé et expliqué, le nouveau régime législatif conserve l'objectif global de l'ancien régime, l'accent mis sur le traitement médical de l'accusé non responsable criminellement étant simplement un effet ou un élément accessoire de l'objectif principal que poursuit le législateur conformément à sa compétence en droit criminel, à savoir la protection du public et la gestion du risque pour la sécurité que peut représenter un accusé. Le nouvel élément ajouté à la partie XX.1 est une garantie protégeant l'équité procédurale et la dignité de l'accusé non responsable criminellement, ainsi qu'un engagement de veiller à ce que le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement soit restreint le moins possible. Au nom de la majorité dans *Winko*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a confirmé les deux objectifs de la partie XX.1 : (1) « la protection du public » et (2) « de traiter équitablement » l'accusé (voir, par exemple, les par. 20, 21 et 44). Cette conclusion a été reprise dans *Penetanguishene*, par. 19, 30 et 69, dans *Pinet*, par. 1 et 19, ainsi que dans *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46, par. 18.

Il convient de souligner que la notion de « traiter équitablement » l'accusé se veut l'expression d'une garantie d'équité procédurale, et non d'un souci d'offrir un traitement « médical ». L'appelant a peut-être en l'espèce assimilé

concern in *Winko* (at paras. 20, 21 and 30) for "fair treatment", in the sense of "due process", with a concern for providing fair "medical" treatment (see paras. 16, 27 and 39-42). As discussed below, this confusion may have led to the mistaken belief that Review Boards are mandated to actively participate in the provision of medical services for NCR accused persons. Although both concepts are occasionally used concurrently (see paras. 42-43), in general they are to remain separate. Nonetheless, medical treatment does play an important role in Part XX.1. This is because the "twin goals" of protection of the public and fairness to the accused are made possible by an individualized "assessment-treatment" model (see *Winko*, at paras. 16 and 41-44). NCR accused persons are assessed according to their level of risk or threat to public safety; they are then placed or managed accordingly, the measures taken being designed to impinge on their liberty interests as little as possible. This management of the accused may or may not include medical treatment with a view to reducing the level of risk and facilitating rehabilitation and community reintegration; this will usually be the case for hospital detention orders under s. 672.54(*c*). Thus, while the "fair treatment" of the accused (i.e., ensuring that the accused is managed with dignity and in a procedurally fair manner) is one of the primary goals of Part XX.1, the provision of "opportunities [for] appropriate [medical] treatment" (see *Winko*, at paras. 39 and 43) is one of the tools used to achieve this goal. As McLachlin J. stated in *Winko* (at para. 44), s. 672.54 "seeks to further the aims of Part XX.1 . . . through the assessment-treatment model" (emphasis added).

Turning to the mechanism employed to further these goals, the legislative scheme involves: (1) the creation of specialized Review Boards in each province and territory to oversee the

erronément la préoccupation exprimée par la juge McLachlin dans *Winko* (par. 20, 21 et 30) au sujet du « traitement équitable », au sens de « l'application régulière de la loi », à l'objectif d'offrir un traitement « médical » approprié (voir par. 16, 27 et 39-42). Comme nous le verrons plus loin, cette confusion a peut-être amené à croire erronément que les commissions d'examen sont tenues de participer activement à la prestation de services médicaux aux accusés non responsables criminellement. Bien que les deux concepts soient parfois employés concurremment (voir par. 42-43), ils doivent généralement demeurer distincts. Néanmoins, le traitement médical joue un rôle important dans la partie XX.1. Il en est ainsi parce que le « double objectif » de protection du public et de traitement équitable de l'accusé peut être atteint grâce à un modèle « d'évaluation et de traitement » individualisé (voir *Winko*, par. 16 et 41-44). Les accusés non responsables criminellement sont évalués en fonction du niveau de risque qu'ils représentent pour la sécurité du public; ils sont alors placés ou traités en conséquence, et les mesures qui sont adoptées visent à entraver le moins possible leur droit à la liberté. Cette prise en charge de l'accusé peut ou non comporter un traitement médical destiné à réduire le niveau de risque qu'il représente et à favoriser sa réadaptation et sa réinsertion dans la collectivité; ce sera habituellement le cas des ordonnances de détention à l'hôpital fondées sur l'al. 672.54*c*). Ainsi, alors que le « traitement équitable » de l'accusé (c.-à-d. la garantie que l'accusé soit traité avec dignité et selon les règles d'équité procédurale) est l'un des objectifs principaux de la partie XX.1, lui offrir des « occasions de recevoir un traitement [médical] approprié » (voir *Winko*, par. 39 et 43) est l'un des moyens employés pour atteindre cet objectif. Comme l'a dit la juge McLachlin dans *Winko* (par. 44), l'art. 672.54 « vise explicitement la réalisation de l'objectif de la partie XX.1 [. . .] grâce au modèle d'évaluation et de traitement établi » (je souligne).

29 En ce qui concerne le mécanisme utilisé pour réaliser ces objectifs, le régime législatif se caractérise par : (1) la création de commissions d'examen spécialisées dans chaque province et territoire

management of the NCR accused within the criminal justice system; and (2) the participation of provincial health authorities and facilities in delivering appropriate medical services where appropriate and necessary in order to facilitate the assessment and management of the threat posed by NCR accused persons to public safety, and to improve their prospects for rehabilitation and community reintegration. In order to fulfill their statutory mandate to oversee the assessment and "fair treatment" (in the "due process" sense) of NCR accused persons, Review Boards must have the authority and power to make their orders and conditions binding on the accused as well as on other parties involved, such as the person in charge of the hospital where the accused will be detained, managed and medically treated. Parliament could not have intended to create a statutory body charged with overseeing and implementing the "assessment-treatment" model without ensuring that it would have the power to compel others to abide by its orders and conditions; otherwise, the purpose of the legislation would be frustrated. These principles have been repeated and confirmed in this Court's post-*Winko* jurisprudence on Part XX.1: see *Penetanguishene*, *Pinet*, *Demers* and *Owen*.

pour surveiller la prise en charge de l'accusé non responsable criminellement au sein du système de justice pénale; et (2) la participation des autorités provinciales de la santé et des établissements de santé provinciaux à la prestation des services médicaux appropriés, au besoin, afin de faciliter l'évaluation et la gestion du risque que représente l'accusé non responsable criminellement pour la sécurité du public, et d'améliorer ses chances de réadaptation et de réinsertion dans la collectivité. Pour s'acquitter du mandat que leur confie la loi de surveiller l'évaluation et le « traitement équitable » (au sens de « l'application régulière de la loi ») des accusés non responsables criminellement, les commissions d'examen doivent disposer du pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient les accusés ainsi que les autres parties intéressées, telles que le responsable de l'hôpital où l'accusé sera détenu, pris en charge et traité. Le législateur ne peut pas avoir voulu créer un organisme chargé de la surveillance et de l'application du modèle « d'évaluation et de traitement » sans s'assurer que ce dernier aurait le pouvoir de contraindre d'autres personnes à se soumettre à ses décisions et modalités; s'il en était autrement, l'objet de la loi serait contrarié. Ces principes ont été repris et confirmés par notre Cour dans la jurisprudence sur la partie XX.1 postérieure à *Winko* : voir *Penetanguishene*, *Pinet*, *Demers* et *Owen*.

4.2 *The Scope of the Power to Make Orders Related to Treatment*

30 Having established that the wording, scheme and legislative intent of Part XX.1 (and s. 672.54 in particular) clearly indicate that Review Boards have the power and authority to make their orders and conditions binding on other parties, including hospital authorities, it is now necessary to delineate the precise scope of this power in the context of the provision of medical services to an NCR accused. A consideration of the operational scheme of Part XX.1 as a whole, and its interpretation in the jurisprudence, reveals that Review Boards have the power to make orders and attach conditions "regarding" or "supervising" the medical treatment of an NCR accused, and that such conditions are binding on hospital authorities; however, Review

4.2 *L'étendue du pouvoir de rendre des décisions reliées au traitement*

Ayant établi que le libellé de la partie XX.1 (et en particulier de l'art. 672.54), son régime et l'intention législative qui s'en dégage démontrent clairement que les commissions d'examen ont le pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient d'autres parties, y compris les autorités de l'hôpital, il est maintenant nécessaire de délimiter l'étendue exacte de ce pouvoir dans le contexte de la prestation de services médicaux à un accusé non responsable criminellement. Un examen de la structure opérationnelle de la partie XX.1 dans son ensemble et de l'interprétation qui en a été faite dans la jurisprudence révèle que les commissions d'examen disposent du pouvoir de rendre des décisions et de les assortir des modalités

Boards do not have the power to actually prescribe such treatment or require that it be provided by hospital staff.

« concernant » le traitement médical d'un accusé non responsable criminellement ou visant la « supervision » de ce traitement, et que ces modalités lient les autorités de l'hôpital; toutefois, les commissions d'examen n'ont pas le pouvoir de prescrire un traitement ou d'exiger qu'il soit dispensé par le personnel de l'hôpital.

4.2.1 No Power to "Prescribe" Treatment

4.2.1 Aucun pouvoir de « prescrire » un traitement

Despite the fact that Review Boards have the authority to make their orders and conditions binding on hospital authorities, this power does not extend so far as to permit Boards to actually prescribe or impose medical treatment for an NCR accused. Such authority lies exclusively within the mandate of the provincial authority in charge of the hospital where the NCR accused is detained, pursuant to various provincial laws governing the provision of medical services to persons in the custody of a hospital facility. It would be an inappropriate interference with provincial legislative authority (and with hospitals' treatment plans and practices) for Review Boards to require hospital authorities to administer particular courses of medical treatment for the benefit of an NCR accused.

31 Même si les commissions d'examen ont le pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui lient les autorités de l'hôpital, ce pouvoir n'est pas si large qu'il permette de prescrire ou d'imposer un traitement médical à un accusé non responsable criminellement. Ce pouvoir appartient exclusivement à l'autorité provinciale responsable de l'hôpital où l'accusé non responsable criminellement est détenu, conformément aux diverses lois provinciales régissant la prestation des services médicaux aux personnes détenues dans un établissement hospitalier. Il serait inapproprié que les commissions d'examen empiètent sur le pouvoir législatif provincial (et sur les programmes et procédures de traitement des hôpitaux) en exigeant des autorités de l'hôpital qu'elles administrent certains traitements médicaux dans l'intérêt d'un accusé non responsable criminellement.

As indicated above, despite Mazzei's arguments to the contrary, the fact that "fair treatment" of the accused is one of the "twin goals" of Part XX.1 does not imply that the primary purpose of the legislation is to ensure that all NCR accused are to be provided with medical treatment or that Review Boards are mandated to actively participate in the provision of medical services. To reiterate, the primary purpose of the legislative scheme is to protect the public while minimizing any restrictions on the NCR accused's liberty interests; as such, the expression "fair treatment" coined in *Winko* refers only to an assurance of dignity and procedural fairness when assessing and managing the safety risk posed by NCR accused persons. The provision of medical services in this context is merely a logical and inevitable (but ancillary and incidental) effect of Part XX.1's focus on public safety and

32 Tel qu'il a été mentionné précédemment, malgré les arguments contraires de M. Mazzei, le fait que le « traitement équitable » de l'accusé soit l'un des « deux objectifs » de la partie XX.1 ne signifie pas que la loi a pour objet principal de veiller à ce que tous les accusés non responsables criminellement reçoivent un traitement médical ou d'obliger les commissions d'examen à participer activement à la prestation de services médicaux. Rappelons que l'objectif principal du régime législatif est de protéger le public tout en restreignant le moins possible le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement; en soi, l'expression « traitement équitable » apparue dans *Winko* ne désigne que la garantie d'une protection de la dignité et de l'équité procédurale lors de l'évaluation et de la gestion du risque pour le public que représente l'accusé non responsable criminellement. La prestation de

community reintegration. The provision of medical services under Part XX.1 is therefore to be engaged *only* in order to help achieve the goals of public safety and maximization of liberty interests (except, of course, for other medical services performed by hospital staff pursuant to the hospital's responsibilities for the health of its patients, with respect to other illnesses or conditions not directly related to or part of the mental illness or condition of the NCR accused which has led to his or her "NCR" designation). The medical treatment of the NCR accused can only occur with a view to reducing the accused's level of threat to public safety and creating a situation where it is no longer significant, thereby permitting reintegration into society. According to McLachlin J. in *Winko* (at paras. 39-40), medical treatment "is necessary to stabilize the mental condition of a dangerous NCR accused and reduce the threat to public safety created by that condition. . . . Public safety will only be ensured by stabilizing the mental condition of dangerous NCR accused."

services médicaux dans ce contexte est simplement un effet logique et inévitable (mais accessoire et secondaire) de l'importance qu'accorde la partie XX.1 à la protection du public et à la réinsertion dans la collectivité. La prestation de services médicaux visés à la partie XX.1 *n'*est donc autorisée *que* si elle sert les objectifs de protection du public et de maximisation du droit à la liberté (sous réserve, bien sûr, des autres services médicaux offerts par le personnel hospitalier conformément à l'obligation qui incombe à l'hôpital concernant la santé de ses patients pour traiter d'autres maladies ou affections qui n'ont aucun rapport direct ou aucun lien avec la maladie mentale à l'origine de la déclaration de non-responsabilité criminelle de l'accusé). Le traitement médical de l'accusé non responsable criminellement ne peut avoir pour objet que de réduire le niveau de risque que celui-ci représente pour la sécurité du public et de créer un contexte où ce risque n'est plus important, permettant ainsi sa réinsertion sociale. Selon la juge McLachlin dans *Winko* (par. 39-40), des soins « s'imposent pour stabiliser l'état mental d'un accusé non responsable criminellement qui est dangereux et pour diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public en raison de son état. [. . .] La sécurité du public ne peut être assurée qu'en stabilisant l'état mental de l'accusé non responsable criminellement qui est dangereux. »

33 Thus, the role of Review Boards is merely to ensure that *opportunities* for medical treatment are provided to an NCR accused, where necessary and appropriate, with a view to reducing the level of risk (see *Winko*, at para. 41). Providing opportunities for effective medical treatment furthers the objective of public safety by attempting to reduce the safety risk posed by the NCR accused; it also furthers the objective of safeguarding the accused's liberty interests by working towards community reintegration and the cessation of most if not all restrictions on the accused's liberty. The provision of opportunities for medical treatment is therefore consistent with (and incidental to) the primary purposes of the legislation, without overriding or supplanting those aims.

Ainsi, les commissions d'examen doivent simplement s'assurer que l'on offre à un accusé non responsable criminellement la *possibilité* de recevoir un traitement médical, au besoin, afin de réduire le niveau de risque qu'il représente (voir *Winko*, par. 41). Offrir à l'accusé non responsable criminellement la possibilité de recevoir un traitement médical efficace sert l'objectif de protection du public du fait que l'on tente de réduire le risque qu'il représente pour la sécurité; l'objectif de protection du droit à la liberté de l'accusé est également favorisé par les efforts faits en vue de sa réinsertion sociale et de l'abandon de la plupart, sinon de toutes les restrictions au droit à la liberté de l'accusé. Offrir à l'accusé la possibilité de recevoir un traitement médical est donc conforme (et accessoire) aux objectifs principaux de la loi, sans écarter ou supplanter ces objectifs.

Review Boards cannot exceed this authority by actually *imposing* a particular course of treatment, or by *requiring* hospital authorities to administer that treatment. Such an exercise would constitute interference with the authority and responsibility of hospital authorities to provide medical services to persons in their custody according to *their* view of what is appropriate and effective. Legislative authority to enact laws governing the administration of medical services and treatment for all persons in a hospital facility (including NCR accused persons) rests with the provinces under s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, not with Parliament. Prevention of crime and protection against dangerous persons through its s. 91(27) criminal law power is the only possible reason or rationale for Parliament's involvement in the medical treatment of NCR accused persons. Indeed, an NCR accused who is discharged absolutely under s. 672.54(*a*) may require psychiatric treatment, but no such treatment may be ordered by a Review Board. Section 672.54 has no application if such a person does not present a significant threat to public safety; that person is no longer justifiably subject to the criminal law power of the State, and any medical treatment to deal with his or her mental condition must be ordered pursuant to some other legislative authority. It is logical that such authority could only be found in areas of provincial legislative competence over health services.

34 Les commissions d'examen ne peuvent outrepasser ce pouvoir en *imposant* un traitement particulier ou en *exigeant* des autorités de l'hôpital qu'elles administrent ce traitement. Agir ainsi reviendrait à empiéter sur le pouvoir et la responsabilité des autorités de l'hôpital d'offrir des services médicaux aux personnes dont elles ont la garde selon ce qu'*elles* estiment approprié et efficace. La compétence législative nécessaire pour adopter des lois régissant l'administration des services et traitements médicaux à l'ensemble des personnes hospitalisées (y compris les accusés non responsables criminellement) appartient aux provinces en vertu du par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non au législateur fédéral. Seules la prévention du crime et la protection contre les personnes dangereuses qui relèvent de sa compétence en droit criminel en vertu du par. 91(27) peuvent justifier ou expliquer la participation du législateur fédéral au traitement médical des accusés. D'ailleurs, un accusé non responsable criminellement qui bénéficie d'une libération inconditionnelle en vertu de l'al. 672.54*a*) peut avoir besoin d'un traitement psychiatrique, mais un tel traitement ne peut être imposé par une commission d'examen. L'article 672.54 ne s'applique pas si une telle personne ne représente pas un risque important pour la sécurité du public; plus rien ne justifie que cette personne soit assujettie à la compétence en droit criminel de l'État, et tout traitement médical lié à son état mental doit faire l'objet d'une ordonnance relevant d'un autre pouvoir législatif. Logiquement, ce pouvoir ne peut relever que des domaines de compétence provinciale qui concernent les services de santé.

This legislative division of powers is mirrored in the practical realities of the statutory scheme which assigns different roles and responsibilities to Review Boards and to provincial hospital authorities. Review Boards are mandated under s. 672.38(1) to "make or review dispositions" concerning NCR accused persons. Their dispositions must reflect the twin goals of public protection and fair treatment of the NCR accused; they must also be consistent with the "assessment-treatment" model created by Part XX.1,

35 Ce partage législatif des compétences se reflète dans la réalité pratique du régime législatif qui attribue différentes fonctions et responsabilités aux commissions d'examen et aux autorités hospitalières provinciales. Selon le par. 672.38(1), les commissions d'examen sont chargées de « rendre ou de réviser des décisions » concernant les accusés non responsables criminellement. Leurs décisions doivent tenir compte du double objectif de protection du public et de traitement équitable des accusés non responsables

which focuses on assessing and managing risks to public safety by providing opportunities for effective and appropriate treatment. In contrast, the hospitals where NCR accused persons are detained are defined as places "for the custody, treatment or assessment of an accused", pursuant to s. 672.1. Thus, the competing statutory definitions and mandates of Review Boards and hospital authorities reflect a certain division of labour and authority. This is reinforced by the absence of any global definition of "treatment" in Part XX.1; what constitutes medical treatment should be governed by provincial law, given that it is provincial hospital authorities who will determine and deliver medical services. For example, under s. 30 of the British Columbia *Mental Health Act*, an NCR accused detained in a provincial mental health facility or hospital "must receive care and treatment appropriate to the condition of the person as authorized by the director". Parliament thus intended to leave specific treatment decisions to provincial health authorities, while Review Boards would remain responsible for crafting dispositions which ensure that treatment *opportunities* are provided to the NCR accused. Review Boards were therefore not intended to exercise any powers which could potentially interfere with hospitals' discretion concerning the provision of medical services.

36 The notion that Review Boards lack the jurisdiction to actually require that medical services or treatment be provided by hospital staff has been discussed and confirmed in the jurisprudence. For example, in *Manitoba (Attorney General) v. Wiebe*, [2005] 2 W.W.R. 707, the Manitoba Court of Appeal agreed with the B.C.C.A.'s decision in the present appeal, concluding that "it is no business of a court or the Board in fulfilling its

criminellement; elles doivent également respecter le modèle « d'évaluation et de traitement » instauré par la partie XX.1, lequel met l'accent sur l'évaluation et la gestion des risques pour la sécurité du public en offrant la possibilité d'un traitement efficace et approprié. Par contre, les hôpitaux où sont détenus les accusés non responsables criminellement sont définis à l'art. 672.1 comme des lieux désignés « en vue de la garde, du traitement ou de l'évaluation d'un accusé ». Ainsi, les définitions opposées que donne la loi des commissions d'examen et des autorités hospitalières, de même que les mandats concurrents qu'elle leur confie, reflètent un certain partage des tâches et des pouvoirs. Cette conclusion est renforcée par l'absence d'une définition générale du terme « traitement » à la partie XX.1; le droit provincial devrait indiquer en quoi consiste un traitement médical puisque ce sont les autorités hospitalières provinciales qui détermineront et administreront les services médicaux. Par exemple, selon l'art. 30 de la *Mental Health Act* de la Colombie-Britannique, un accusé non responsable criminellement qui est détenu dans un établissement psychiatrique ou un hôpital provincial [TRADUCTION] « doit recevoir les soins et les traitements adaptés à son état que le directeur autorise ». Le législateur a donc voulu laisser aux autorités provinciales de la santé les décisions relatives aux traitements spécifiques, alors que les commissions d'examen sont chargées de rendre des décisions qui garantissent à l'accusé non responsable criminellement qu'on lui offrira des *possibilités* de traitement. Les commissions d'examen ne sont donc pas censées exercer des pouvoirs qui pourraient éventuellement empiéter sur le pouvoir discrétionnaire des hôpitaux en matière de prestation de services médicaux.

L'idée que les commissions d'examen n'aient pas la compétence nécessaire pour exiger que des services ou traitements médicaux soient dispensés par le personnel hospitalier a été examinée et confirmée dans la jurisprudence. Par exemple, dans *Manitoba (Attorney General) c. Wiebe*, [2005] 2 W.W.R. 707, la Cour d'appel du Manitoba a souscrit à la décision de la C.A.C.-B. en l'espèce, concluant que [TRADUCTION] « dans

mandate under sec. 672.54 of the *Code* to prescribe a specific course of medical treatment" (para. 32). The Manitoba Court of Appeal appeared to agree with the arguments of the Manitoba Review Board in that case that "issues relating to the care and treatment of the mentally ill are matters of provincial jurisdiction" and that "it is not Parliament's responsibility to treat detainees but rather that of the provinces" (para. 28).

The composition and expertise of Board members also supports the conclusion that Review Boards cannot make orders or conditions specifically prescribing medical treatment for an NCR accused. The membership of the Board must include at least one member entitled to practise psychiatry, and if there is only one such member, it must also include at least one other member who has training in mental health issues and is entitled to practise medicine or psychology (s. 672.39). While this would appear to suggest a certain level of expertise with respect to medical treatment issues, this expertise cannot justify an interpretation of s. 672.54 whereby Review Boards can make orders actually prescribing treatment. The fact that at least one or two members may have some expertise or training in psychiatric and/or psychological issues does not enable the Board to "step into the shoes" of the accused's physician or treatment team. This is clear, considering that a quorum of the Board for purposes of making a disposition order under s. 672.54 consists of three members, only one of whom must be entitled to practise psychiatry (s. 672.41(1)), and that any Board order is decided by "a majority of the members present" (s. 672.42). Thus, if a Board were authorized to make an order actually prescribing medical treatment for an NCR accused, it could conceivably do so pursuant to a majority vote of two Board members who do not have any psychiatric training or expertise, and over the objections of a psychiatrist; it is therefore hard to see how the Board's expertise in matters of

l'accomplissement du mandat que leur confie l'art. 672.54 du *Code*, il n'appartient pas au tribunal ou à la commission de prescrire un traitement médical particulier » (par. 32). La Cour d'appel du Manitoba a semblé souscrire aux arguments de la commission d'examen du Manitoba dans cette affaire, à savoir que la [TRADUCTION] « question des soins et des traitements dispensés aux personnes atteintes de troubles mentaux est de compétence provinciale » et que « la responsabilité de soigner les détenus n'incombe pas au Parlement mais plutôt aux provinces » (par. 28).

37 La composition des commissions d'examen et l'expertise de leurs membres étayent aussi la conclusion selon laquelle les commissions d'examen ne peuvent rendre des décisions ou fixer des modalités prescrivant expressément un traitement médical à un accusé non responsable criminellement. La commission doit être composée d'au moins une personne autorisée à exercer la psychiatrie et, s'il n'y a qu'un seul psychiatre, d'au moins une personne dont la formation relève de la santé mentale et qui est autorisée à exercer la médecine ou la profession de psychologue (art. 672.39). Bien que cette disposition semble laisser croire que les questions de traitements médicaux seront abordées avec un certain niveau d'expertise, cette expertise ne saurait justifier une interprétation de l'art. 672.54 conférant aux commissions d'examen le pouvoir de rendre des ordonnances prescrivant un traitement. Le fait qu'au moins un ou deux membres puissent posséder une certaine expertise ou une formation en psychiatrie ou en psychologie n'autorise pas la commission à « se substituer » au médecin ou à l'équipe médicale qui traite l'accusé. Cela est bien évident, compte tenu que le quorum de la commission, pour rendre une décision fondée sur l'art. 672.54, est constitué de trois membres, dont un seul doit être autorisé à exercer la psychiatrie (par. 672.41(1)), et que les décisions d'une commission d'examen se prennent à « la majorité des membres de la commission qui sont présents » (art. 672.42). Ainsi, si une commission était autorisée à rendre une décision prescrivant un

psychiatric treatment would justify its ability to make binding orders actually prescribing medical treatment in such circumstances.

38 These observations are consistent with the granting of broad powers to reviewing courts following an appeal from a Board order. Under s. 672.78(3)(*a*), a provincial court of appeal is entitled to "make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made" if it allows the appeal. If the appellant's position is accepted (i.e., that Boards have the ability to prescribe treatment), it is arguable that a court of appeal could also prescribe medical treatment under s. 672.78(3)(*a*) if the original Board order failed to do so. Appellate judges, however, need not have any expertise, training or experience in medical or psychiatric issues whatsoever. It is difficult to conceive that Parliament would have intended Review Boards to have the jurisdiction and authority to issue binding treatment orders and conditions, since this would also enable reviewing courts to do the same, without having the relevant and necessary expertise.

4.2.2 The Power to Supervise Medical Treatment

39 Although Review Boards may not actually prescribe or impose a particular course of medical treatment for an NCR accused, they still possess the authority to make orders and conditions in a "supervisory" role or capacity with respect to the NCR accused's medical treatment and clinical progress. Review Boards are in effect

traitement médical à un accusé non responsable criminellement, elle pourrait sans doute le faire par le vote majoritaire de deux membres de la commission n'ayant aucune formation ou expertise en psychiatrie et ce, malgré les objections d'un psychiatre; il est donc difficile de voir comment, dans de telles circonstances, l'expertise de la commission en matière de traitement psychiatrique justifierait son pouvoir de rendre des décisions contraignantes prescrivant un traitement médical.

Ces observations sont compatibles avec l'attribution de vastes pouvoirs aux cours de révision saisies d'un appel d'une décision de la commission. Selon l'al. 672.78(3)*a*), la cour d'appel provinciale peut, si elle accueille l'appel, « rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre ». Si la thèse de l'appelant est retenue (c.-à-d. que les commissions ont le pouvoir de prescrire un traitement), on peut donc soutenir qu'une cour d'appel pourrait aussi prescrire un traitement médical en vertu de l'al. 672.78(3)*a*) si la décision initiale de la commission est muette à cet égard. Les juges d'appel n'ont toutefois besoin d'aucune expertise, formation ou expérience quelconque en médecine ou en psychiatrie. Il est difficile de concevoir que le législateur ait voulu conférer aux commissions d'examen la compétence et le pouvoir de rendre des ordonnances de traitement contraignantes et de fixer des modalités de traitement puisque, de ce fait, il autoriserait aussi les tribunaux de révision à faire de même, sans posséder l'expertise pertinente et nécessaire.

4.2.2 Le pouvoir de superviser un traitement médical

Même si les commissions d'examen ne peuvent ni prescrire ni imposer un traitement médical particulier à un accusé non responsable criminellement, elles ont quand même le pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités qui leur permettent de « superviser » le traitement médical et les progrès cliniques de l'accusé non

empowered to make orders and conditions "related to" or "regarding" an NCR accused's medical treatment (or the supervision of such treatment) while in the custody of a provincial hospital; Review Boards also have the power, as discussed above, to make such orders and conditions binding on all parties involved, including hospital authorities. In essence, conditions "regarding" medical treatment or its supervision are those conditions that Review Boards may impose to ensure that the NCR accused is provided with opportunities for appropriate and effective medical treatment, in order to help reduce the risk to public safety and to facilitate rehabilitation and community reintegration. The scope of this power would arguably include anything short of actually prescribing that treatment be carried out by hospital authorities. It would therefore include the power to require hospital authorities and staff to question and reconsider past or current treatment plans or diagnoses, and explore alternatives which might be more effective and appropriate. The authority for this power is derived from the purpose of the legislative scheme, the mandate and expertise of Review Boards, and the wording of various sections of Part XX.1; it is also echoed in the jurisprudence.

responsable criminellement. Les commissions d'examen sont en fait habilitées à rendre des ordonnances et à fixer des modalités « reliées » ou « relatives » au traitement médical d'un accusé non responsable criminellement (ou à la supervision de ce traitement) pendant qu'il est détenu dans un hôpital provincial; les commissions d'examen ont aussi le pouvoir, comme nous l'avons vu, de rendre des décisions et de fixer des modalités liant toutes les parties intéressées, y compris les autorités hospitalières. Essentiellement, les modalités « relatives » à un traitement médical ou à sa supervision sont celles que les commissions d'examen peuvent imposer pour s'assurer qu'un accusé non responsable criminellement ait la possibilité de recevoir un traitement médical approprié et efficace, de façon à réduire le risque qu'il représente pour la sécurité du public et à faciliter sa réadaptation et sa réinsertion sociale. On pourrait soutenir que l'étendue de ce pouvoir englobe tout sauf le fait même de prescrire que le traitement soit administré par les autorités de l'hôpital. Il permettrait par conséquent d'exiger des autorités de l'hôpital et de leur personnel qu'ils remettent en question et réexaminent les programmes de traitement ou les diagnostics antérieurs ou actuels, et qu'ils explorent d'autres programmes de traitement qui pourraient se révéler plus efficaces et mieux adaptés. Ce pouvoir découle de l'objet du régime législatif, du mandat et de l'expertise des commissions d'examen, de même que du libellé des diverses dispositions de la partie XX.1; il trouve aussi écho dans la jurisprudence.

First, it is clear that the overall purpose of Part XX.1 supports the notion that Review Boards should have the power to make orders and conditions regarding an NCR accused's medical treatment, or to supervise that treatment. Given that Part XX.1 is at least partly aimed at providing opportunities for appropriate medical/psychiatric treatment to the NCR accused, as part of the overall goals of protecting the public while safeguarding the liberty interests of the accused, Review Boards must have the power to impose conditions which relate to those opportunities and to the provision and supervision of medical services. If Review Boards did

Premièrement, il est évident que l'objectif général de la partie XX.1 étaye l'idée que les commissions d'examen devraient disposer du pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités relatives au traitement médical d'un accusé non responsable criminellement, ou du pouvoir de superviser ce traitement. Étant donné que la partie XX.1 a pour but, du moins en partie, d'offrir à l'accusé non responsable criminellement la possibilité de recevoir un traitement médical ou psychiatrique approprié dans le cadre de ses objectifs généraux qui sont de protéger le public tout en protégeant le droit à la liberté de l'accusé, les commissions d'examen doivent

40

not have this power, then the legislative goal of providing opportunities for medical treatment, where appropriate, would be frustrated.

41 Second, if Review Boards are to fulfill their statutory role and mandate in terms of making appropriate disposition orders aimed at protecting the public while safeguarding the liberty interests of the accused, they must have some supervisory power over the medical treatment of NCR accused persons who are detained in hospitals. By the very definition of a verdict of "not criminally responsible on account of mental disorder", the accused's mental condition is effectively the reason why the accused is now subject to Part XX.1, and in most cases it is the very reason why the accused represents a threat to public safety and why the accused's liberty interests have been curtailed in accordance with that risk. It is therefore logical that a Board, in achieving the goals of public protection and fairness to the NCR accused, should have the power to supervise the medical treatment provided to the accused, since a major aim of that treatment is to reduce the accused's safety risk and to provide the NCR with the maximum liberty possible.

42 In fulfilling its statutory mandate and role under Part XX.1, it is necessary and essential for a Review Board to form its own independent opinion of an accused's treatment plan and clinical progress, and ultimately of the accused's risk to public safety and prospects for rehabilitation and reintegration. In so doing, a Board must be entitled to order a re-evaluation of current or past treatment approaches, and an exploration of alternatives where necessary — i.e., where no progress has been made or is likely to be made. Such supervisory powers are an inherent part of a Board's mandate; if there is a treatment "impasse", then a Board's function could not be properly carried out unless it were able to impose conditions to deal with this lack of progress and to seek out more effective treatment opportunities.

disposer du pouvoir d'imposer des modalités relatives à cette possibilité, ainsi qu'à la prestation et à la supervision des services médicaux. Si les commissions d'examen n'avaient pas ce pouvoir, l'objectif législatif d'offrir la possibilité de recevoir un traitement médical, au besoin, serait alors contrecarré.

Deuxièmement, si l'on veut que les commissions d'examen s'acquittent du rôle et du mandat que la loi leur a confiés, à savoir de rendre des décisions appropriées en vue de protéger le public tout en protégeant le droit à la liberté de l'accusé, elles doivent disposer d'un certain pouvoir leur permettant de superviser le traitement médical des accusés non responsables criminellement qui sont détenus dans les hôpitaux. De par la définition même d'un verdict de « non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux », c'est en fait à cause de son état mental que l'accusé est maintenant assujetti à la partie XX.1, et dans la plupart des cas, c'est la raison même pour laquelle l'accusé représente un risque pour la sécurité du public et pour laquelle son droit à la liberté a été restreint en fonction de ce risque. Il est donc logique qu'une commission dispose, pour réaliser les objectifs de protection du public et d'équité envers l'accusé non responsable criminellement, du pouvoir de superviser le traitement médical offert à l'accusé, puisque ce traitement vise principalement à réduire le risque que représente l'accusé non responsable criminellement pour la sécurité et à assurer à ce dernier la plus grande liberté possible.

Lorsqu'elle s'acquitte du mandat et du rôle que la loi lui confie en vertu de la partie XX.1, il est nécessaire et essentiel qu'une commission d'examen forme sa propre opinion indépendante sur le programme de traitement et les progrès cliniques de l'accusé et, en fin de compte, sur le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public et sur ses chances de réadaptation et de réinsertion. Ce faisant, une commission doit pouvoir ordonner que l'on procède à une réévaluation des méthodes de traitement, actuelles ou antérieures, et à une exploration des solutions de rechange au besoin, — c.-à-d., lorsqu'aucun progrès n'a été ou ne sera vraisemblablement réalisé. De tels pouvoirs de supervision font partie intégrante du mandat confié à la commission; en cas d'« impasse »

The role of a Board is to assess the risk to public safety posed by certain NCR accused persons, to provide opportunities for appropriate and effective medical treatment with a view to controlling and reducing that risk, to work towards the ultimate goal of rehabilitation and reintegration, and to safeguard the liberty interests of the accused in this process. These goals simply cannot be accomplished without accurate, independent, and up-to-date information on an accused's mental condition, treatment plan, clinical progress, and prospects for rehabilitation. This justifies a Board's power to supervise the medical treatment provided thus far, and to suggest or explore alternative approaches where necessary. Review Boards may therefore validly require hospital staff to re-examine a diagnosis or a treatment plan, and to consider alternatives which might be more effective or appropriate, — thus requiring hospital authorities to justify their position regarding any "treatment impasse".

thérapeutique, la commission ne pourrait s'acquitter convenablement de sa tâche à moins de pouvoir imposer des modalités visant à remédier à cette absence de progrès et de pouvoir chercher des possibilités de traitement plus efficace. Le rôle d'une commission est d'évaluer le risque que représentent certains accusés non responsables criminellement pour la sécurité du public, de leur offrir la possibilité de recevoir un traitement médical approprié et efficace afin de gérer et de réduire ce risque, de travailler à l'atteinte de l'objectif ultime de réadaptation et de réinsertion, et de protéger le droit à la liberté des accusés dans le cadre de ce processus. Il est tout simplement impossible d'atteindre ces objectifs sans disposer de renseignements exacts, indépendants et à jour concernant l'état mental d'un accusé, son programme de traitement, ses progrès cliniques et ses chances de réadaptation. D'où le pouvoir permettant à une commission de superviser le traitement médical jusque-là administré, et de proposer ou d'explorer d'autres méthodes, au besoin. Les commissions d'examen peuvent donc validement obliger le personnel hospitalier à reconsidérer un diagnostic ou un programme de traitement, et à envisager des solutions de rechange qui pourraient se révéler plus efficaces ou mieux adaptées, obligeant ainsi les autorités de l'hôpital à justifier leur position devant une « impasse thérapeutique ».

The composition of Review Boards and the expertise of their members also supports the notion that Boards enjoy a supervisory power over medical treatment. As previously discussed, the composition of a Board ensures that there is a certain degree of expertise and experience amongst members with respect to psychiatric issues, especially in the context of a Board's central risk assessment function. Parliament clearly intended Review Boards to have some expertise in assessing and managing the safety risks posed by some NCR accused persons. While this expertise and experience cannot justify actually prescribing medical treatment, it can help justify a Board's supervisory power over treatment issues and the power to make orders and conditions "regarding" treatment; it is also consistent with the "wide latitude" and

43

La composition des commissions d'examen et l'expertise de leurs membres étayent également l'idée que les commissions jouissent d'un pouvoir de supervision à l'égard d'un traitement médical. Comme je l'ai mentionné précédemment, la commission est composée de manière à assurer que ses membres possèdent de l'expertise et de l'expérience en psychiatrie, surtout dans le cadre de sa tâche principale d'évaluation du risque. Le législateur a manifestement voulu que les commissions d'examen aient une certaine expertise dans l'évaluation et la gestion des risques pour la sécurité que représentent certains accusés non responsables criminellement. Si cette expertise et cette expérience ne sauraient justifier la prescription d'un traitement médical, elles peuvent aider à justifier le pouvoir de supervision dont dispose une commission

discretion accorded to a Board in the exercise of its functions (see *Winko*, at para. 27).

44 Finally, the conclusion that a Board can make orders or conditions "regarding" treatment is supported by the jurisprudence. For example, while the Manitoba Court of Appeal in *Wiebe* found that Review Boards do not have the power to prescribe medical services to be provided by hospital staff, it still accepted that Boards may validly make conditions regarding the supervision of the medical services actually provided (or not provided) to an NCR accused. In *Wiebe*, the treatment plan proposed to the Manitoba Review Board was effectively "for 'no treatment,' and nothing else" (para. 31), because the physician treating the NCR accused essentially believed that the accused's mental condition was not capable of treatment. The Court of Appeal found that in such cases, a Board could make conditions which question a given treatment plan, consistent with its supervisory jurisdiction, in order to ensure that the accused is not improperly denied opportunities for appropriate medical treatment. The Court of Appeal also summarized and appeared to endorse the Manitoba Board's argument that there is "a distinction between the Board considering treatment — as it relates to the mental condition of the detainee or conditions proposed to be attached under sec. 672.54 — and ordering specific treatment", and that the Board could accomplish the former, but not the latter (para. 30 (emphasis added)). The Court of Appeal in *Wiebe* ultimately sent the matter back to the Board, requiring it to consider not only the views of the accused's current physician, but also the views and proposals to be submitted by other experts.

en matière de traitement, et son pouvoir de rendre des décisions et de fixer des modalités « relatives » au traitement; elles sont aussi compatibles avec la « grande latitude » et le pouvoir discrétionnaire conférés à une commission dans l'exercice de ses fonctions (voir *Winko*, par. 27).

Enfin, la conclusion selon laquelle une commission peut rendre des décisions ou fixer des modalités « relatives » à un traitement trouve appui dans la jurisprudence. Par exemple, bien que la Cour d'appel du Manitoba ait conclu dans *Wiebe* que les commissions d'examen n'ont pas le pouvoir de prescrire des services médicaux que fournirait le personnel d'un hôpital, elle a tout de même reconnu qu'elles pouvaient validement fixer des modalités relatives à la supervision des services médicaux offerts (ou non offerts) à un accusé non responsable criminellement. Dans *Wiebe*, le programme de traitement soumis à la commission d'examen du Manitoba proposait dans les faits qu'il ne soit offert [TRADUCTION] « "aucun traitement" ni rien d'autre » (par. 31), parce que le médecin traitant l'accusé non responsable criminellement croyait essentiellement qu'aucun traitement ne pouvait améliorer l'état mental de son patient. La Cour d'appel a jugé qu'en pareils cas, une commission pouvait, conformément à son pouvoir de supervision, fixer des modalités qui remettaient en question un programme de traitement donné afin de s'assurer que l'accusé ne soit pas indûment privé de la possibilité de recevoir un traitement médical approprié. La Cour d'appel a aussi résumé l'argument de la commission du Manitoba, et a semblé y souscrire, selon lequel il existe [TRADUCTION] « une différence entre le fait pour la commission d'envisager un traitement — dans la mesure où il concerne l'état mental du détenu ou les modalités qu'elle se propose de fixer en vertu de l'art. 672.54 — et le fait d'ordonner un traitement particulier », et que c'est une chose que la commission peut faire dans le premier cas, mais pas dans le second (par. 30 (je souligne)). Dans *Wiebe*, la Cour d'appel a finalement renvoyé l'affaire devant la commission, l'enjoignant de tenir compte non seulement de l'opinion du médecin qui traitait alors l'accusé, mais également de l'avis et des propositions devant être formulées par d'autres experts.

The appellant Mazzei has pointed to a number of other cases in the jurisprudence to support the notion that the Board may impose conditions related to the questioning and supervision of medical treatment, and may make such orders binding on hospital authorities: see *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (P.E.I.S.C., App. Div.); *Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172 (Ont. C.A.); *Brockville Psychiatric Hospital v. McGillis* (1996), 2 C.R. (5th) 242 (Ont. C.A.), *Pinet* and *Penetanguishene*. The Director and the Attorney General of British Columbia argue that these cases do not support Mazzei's position, since the conditions imposed by Review Boards in those cases were only concerned with the level of security for the detention of an NCR accused and with the liberty interests of the accused — not with treatment issues.

In my opinion, this is not a full answer to the claim that the jurisprudence in fact supports the notion that Review Boards can make binding orders related to the supervision of medical treatment. I am of the view that the same result would and should have been reached in the cases cited by Mazzei if the impugned conditions had dealt specifically with the supervision of medical treatment. If it is accepted that the overall purpose and intent of the legislative scheme authorizes Review Boards to make orders and impose conditions concerning the level of security for the detention of the accused and restrictions on the accused's liberty, and that such orders and conditions would be binding on hospital authorities, then orders and conditions related to (but not specifically prescribing) medical treatment would also be valid and binding on hospital authorities. This is because such treatment would be aimed at the overall purpose of the legislation (that is, protection of the public and maximization of liberty interests). Thus, the jurisprudence submitted by Mazzei tends to support the claim that Boards are empowered to make binding orders scrutinizing or supervising medical treatment.

L'appelant M. Mazzei a signalé un certain nombre d'autres décisions au soutien de son point de vue selon lequel la commission peut imposer des conditions liées à la remise en question et à la supervision d'un traitement médical et rendre des décisions qui lient les autorités de l'hôpital : voir *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.); *Beauchamp c. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 172 (C.A. Ont.); *Brockville Psychiatric Hospital c. McGillis* (1996), 2 C.R. (5th) 242 (C.A. Ont.), *Pinet* et *Penetanguishene*. Le directeur et le procureur général de la Colombie-Britannique soutiennent que ces décisions n'appuient pas la position de M. Mazzei puisque les conditions imposées par les commissions d'examen dans ces affaires ne concernaient que le niveau de sécurité applicable à la détention d'un accusé non responsable criminellement et le droit à la liberté de l'accusé — non pas les questions de traitement. 45

À mon avis, cet argument ne réfute pas entièrement l'allégation selon laquelle la jurisprudence étaye en fait l'idée que les commissions d'examen peuvent rendre des décisions contraignantes reliées à la supervision d'un traitement médical. J'estime que le même résultat aurait dû et devrait être atteint dans les décisions citées par M. Mazzei si les conditions contestées avaient expressément porté sur la supervision d'un traitement médical. S'il est admis que l'objectif général du régime législatif autorise les commissions d'examen à rendre des décisions et à imposer des modalités qui touchent le niveau de sécurité applicable à la détention de l'accusé et les restrictions imposées à sa liberté, et que ces décisions et modalités lient les autorités de l'hôpital, alors les décisions et modalités relatives à un traitement médical (sans le prescrire expressément) seraient aussi valides et opposables aux autorités de l'hôpital. Il en est ainsi parce que ce traitement s'inscrirait dans l'objectif global de la loi (à savoir la protection du public et la maximisation du droit à la liberté). Donc, la jurisprudence citée par M. Mazzei tend à appuyer l'allégation selon laquelle les commissions sont habilitées à rendre des décisions contraignantes examinant en profondeur un traitement médical ou visant la supervision de ce traitement. 46

47 The B.C.C.A. itself in the present case appeared to endorse the notion of a distinction between the (invalid) power to prescribe treatment, and the (valid) power to *supervise* the provision of medical services and ensure that opportunities for effective and appropriate treatment are available, even though it ultimately concluded that the conditions imposed by the Board in this case fell within the former category. The B.C.C.A. confirmed that Part XX.1 "does not give the Board the authority to diagnose and treat an NCR accused or to interfere in his or her treatment plan"; but it went on to state that the legislation "gives the Board the power . . . to question the treatment the accused is receiving" (para. 89 (emphasis added)). Thus, the B.C.C.A. may have formulated the correct test for articulating the scope of the Board's authority, but as discussed below, I would respectfully find that it applied this test incorrectly with respect to conditions 8, 9 and 10.

La C.A.C.-B. elle-même a semblé souscrire en l'espèce à l'idée qu'il existe une différence entre le pouvoir (invalide) de prescrire un traitement, et celui (valide) de *superviser* la prestation de services médicaux et de s'assurer que la possibilité de recevoir un traitement efficace et approprié soit offerte, même si, en définitive, elle a conclu que les conditions imposées par la commission en l'espèce s'inscrivaient dans la première catégorie. La C.A.C.-B. a confirmé que la partie XX.1 [TRADUCTION] « ne confère pas à la commission le pouvoir de diagnostiquer et de traiter un accusé non responsable criminellement ou d'intervenir dans son programme de traitement »; mais elle a ajouté que la loi [TRADUCTION] « confère à la commission le pouvoir [. . .] de remettre en question le traitement que l'accusé reçoit » (par. 89 (je souligne)). Ainsi, il se peut que la C.A.C.-B. ait bien formulé le critère applicable pour établir la portée du pouvoir de la commission, mais comme je l'ai expliqué précédemment, j'estime avec égards qu'elle a mal appliqué ce critère en ce qui a trait aux conditions 8, 9 et 10.

4.2.3 The Role and Scope of Section 672.55(1)

48 There is one final issue which must be addressed before proceeding to an application of these principles to the facts of this case. This final issue concerns the proper interpretation of s. 672.55(1), which reads as follows:

> **672.55** (1) No disposition made under section 672.54 shall direct that any psychiatric or other treatment of the accused be carried out or that the accused submit to such treatment except that the disposition may include a condition regarding psychiatric or other treatment where the accused has consented to the condition and the court or Review Board considers the condition to be reasonable and necessary in the interests of the accused.

4.2.3 Le rôle et la portée du par. 672.55(1)

Une dernière question doit être abordée avant de passer à l'application de ces principes aux faits de l'espèce. Cette ultime question concerne l'interprétation correcte du par. 672.55(1), lequel est ainsi rédigé :

> **672.55** (1) La décision visée à l'article 672.54 ne peut prescrire de traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou ordonner que celui-ci s'y soumette; elle peut toutefois comporter une condition relative à un traitement que le tribunal ou la commission d'examen estime raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et à laquelle celui-ci consent.

49 In their submissions, the parties and interveners have put forward competing interpretations of s. 672.55(1) in order to either support or refute the claim that Review Boards can order or prescribe treatment. The Director and the Attorney General of British Columbia generally argue that this provision prevents Review Boards from exercising

Dans leurs observations, les parties et les intervenants ont présenté des interprétations contradictoires du par. 672.55(1) en vue d'étayer ou de réfuter la prétention selon laquelle les commissions d'examen peuvent ordonner ou prescrire un traitement. Le directeur et le procureur général de la Colombie-Britannique prétendent de façon générale que cette

such a power, preferring a narrow interpretation of the section. They argue that under s. 672.55(1), if a treatment team recommends a certain treatment which the Board considers reasonable and necessary, and if the accused consents, then this treatment could be added as a condition to the disposition order. However, because this condition would merely be a way of helping the hospital staff to carry out its duties in treating the accused, it would not be "binding" on the Director, and would be subject to his or her discretionary authority. Mazzei also adopts a narrow interpretation of s. 672.55(1), but argues that it can have a wide application. Counsel for the appellant provided a hypothetical example. In deciding to move the accused from a situation of hospital detention to a conditional discharge order in the community, a Review Board could, for example, include a condition requiring the accused to continue taking his medication. This would be a valid condition as a result of s. 672.55(1), so long as the accused consented to the condition and so long as the Board considered it reasonable and necessary. Counsel for the appellant seemed to suggest that this would amount to a commitment on the part of the accused to continue a particular course of treatment (which was started in the hospital) while under conditional release in the community (given that he would no longer be subject to the hospital's jurisdiction and authority). This commitment would be given in consideration for the increase in liberty contemplated by the Board, rather than as an actual "prescription" for "treatment" ordered by the Board. As such, Mazzei does not argue that s. 672.55(1) justifies the reading in of a power to prescribe treatment within s. 672.54, but is instead a "stand alone section" with a specific purpose and application. The intervener Board favours a wider interpretation of s. 672.55(1), but a narrow application. In his oral submissions, counsel for the Board argued that this provision actually allows the Board to prescribe or order medical treatment for an NCR accused if the three preconditions (consent, necessity, and reasonableness) are met, as an exception to the general prohibition against ordering or prescribing treatment. However, counsel for the Board submitted that this power should only be used very rarely, if at all, and the Board's experience in

disposition interdit aux commissions d'examen d'exercer ce pouvoir, préconisant ainsi une interprétation restrictive de ce paragraphe. Ils soutiennent qu'en vertu du par. 672.55(1), si une équipe médicale recommande un certain traitement que la commission estime raisonnable et nécessaire, et si l'accusé y consent, il serait alors possible d'assortir la décision d'une condition relative à ce traitement. Toutefois, comme cette condition constituerait simplement une façon d'aider le personnel de l'hôpital à s'acquitter de son obligation de soigner l'accusé, elle ne « lierait » pas le directeur et serait soumise à son pouvoir discrétionnaire. M. Mazzei interprète aussi le par. 672.55(1) de manière restrictive, mais soutient que la portée de cette disposition peut être grande. L'avocat de l'appelant a donné un exemple hypothétique. En décidant de faire passer l'accusé d'une situation où il est détenu à l'hôpital à une autre où il est en liberté conditionnelle dans la collectivité, une commission d'examen pourrait, par exemple, assortir sa décision d'une condition imposant à l'accusé de continuer à prendre ses médicaments. Cette condition serait valide, vu le par. 672.55(1), pourvu que l'accusé y ait consenti et que la commission l'ait jugée raisonnable et nécessaire. L'avocat de l'appelant semble suggérer qu'on pourrait assimiler cela à un engagement de la part de l'accusé à poursuivre un traitement particulier (commencé à l'hôpital) pendant qu'il est en liberté conditionnelle dans la collectivité (étant donné qu'il ne serait plus sous la responsabilité de l'hôpital). Cet engagement équivaudrait à une contrepartie donnée pour l'accroissement de liberté envisagé par la commission, et non à une « prescription » de « traitement » par la commission. Ainsi, M. Mazzei ne prétend pas que le par. 672.55(1) justifie d'inclure, par interprétation large, un pouvoir de prescrire un traitement à l'art. 672.54, mais plutôt que le par. 672.55(1) constitue une « disposition autonome » ayant son propre objet et sa propre application. La commission intervenante est en faveur d'une interprétation plus large du par. 672.55(1), mais préconise une application restrictive. Dans ses observations orales, l'avocat de la commission a soutenu que cette disposition permet véritablement à la commission de prescrire ou d'ordonner un traitement médical à un accusé non responsable

practice has confirmed that it invokes s. 672.55(1) very infrequently.

50 The question is therefore whether the second part of s. 672.55(1) ("except that") constitutes a true exception to the general prohibition against prescribing treatment in the first part of the provision. If it does, then it can be said that Review Boards do have the power to order or prescribe treatment for an NCR accused where the three preconditions are satisfied (consent, necessity and reasonableness); if not, then Boards can never go so far as to order treatment, though they may exercise "supervisory" powers over treatment decisions, as discussed above. In my view, the second part of s. 672.55(1) is not a true exception to the prohibition against ordering treatment, and merely represents an example or manifestation of the Board's supervisory power over treatment.

51 The wording of the provision indirectly supports and is consistent with the two main conclusions discussed above — namely, that Review Boards do not have the power to specifically order or prescribe treatment, but that they may exercise supervisory powers over treatment decisions. The first part of s. 672.55(1) reinforces the general prohibition: "No disposition . . . shall direct that any psychiatric or other treatment of the accused be carried out or that the accused submit to such treatment . . .". The second part of the provision introduces a new idea: ". . . except that the disposition may include a condition regarding . . . treatment where the accused has consented to the condition and the court or Review Board considers the condition to be reasonable and necessary in the interests of the accused". If this second part was meant to act as a true exception to the general prohibition in

criminellement si les trois conditions préalables (le consentement, la nécessité et le caractère raisonnable) sont respectées, par exception à l'interdiction générale de prescrire un traitement. Or, l'avocat de la commission a fait valoir que ce pouvoir ne devrait être que très rarement utilisé, voire jamais, et que l'expérience a confirmé que la commission n'invoque le par. 672.55(1) que très rarement.

Il s'agit donc de déterminer si la deuxième partie du par. 672.55(1) (« elle peut toutefois ») constitue une véritable exception à l'interdiction générale de prescrire un traitement prévue dans la première partie de la disposition. Dans l'affirmative, on peut alors dire que les commissions d'examen ont le pouvoir d'ordonner ou de prescrire un traitement à un accusé non responsable criminellement si les trois conditions préalables (le consentement, la nécessité et le caractère raisonnable) sont respectées; dans le cas contraire, il n'est pas permis aux commissions de prescrire un traitement, bien qu'elles puissent exercer un pouvoir de « supervision » à l'égard des décisions relatives à un traitement, ainsi que nous l'avons vu. À mon avis, la deuxième partie du par. 672.55(1) ne constitue pas une véritable exception à l'interdiction de prescrire un traitement et n'est qu'un exemple ou une manifestation du pouvoir de supervision dont dispose la commission à l'égard d'un traitement.

En plus d'être conforme aux deux principales conclusions susmentionnées, le libellé de la disposition les appuie indirectement — à savoir que les commissions d'examen n'ont pas le pouvoir d'ordonner ou de prescrire expressément un traitement, mais qu'elles peuvent exercer des pouvoirs de supervision à l'égard des décisions relatives à un traitement. La première partie du par. 672.55(1) renforce l'interdiction générale : « La décision visée à l'article 672.54 ne peut prescrire de traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou ordonner que celui-ci s'y soumette . . . ». La deuxième partie de la disposition introduit une nouvelle idée : « . . . elle peut toutefois comporter une condition relative à un traitement que le tribunal ou la commission d'examen estime raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et à laquelle celui-ci consent ». Si l'on avait voulu faire de cette

the first part, the wording would have been much clearer. For example, Parliament could have used one of the following versions:

No disposition made under section 672.54 shall direct that any psychiatric or other treatment of the accused be carried out or that the accused submit to such treatment, unless the accused has consented to the condition and the court or Review Board considers the condition to be reasonable and necessary in the interests of the accused. [Emphasis added.]

OR

No disposition made under section 672.54 shall direct that any psychiatric or other treatment of the accused be carried out or that the accused submit to such treatment except that the disposition may include such a condition where the accused has consented to the condition and the court or Review Board considers the condition to be reasonable and necessary in the interests of the accused. [Emphasis added.]

Either of these alternatives would have clearly indicated that Parliament wished to establish a specific exception to the general prohibition against ordering or prescribing treatment, so long as the elements of consent, necessity and reasonableness are present.

Instead, however, Parliament has deliberately adopted distinct wording in the second part of s. 672.55(1). Whereas the first part of the provision prohibits a disposition *order* from "direct[ing]" that treatment "be carried out" or that the accused "submit" to treatment, the second part specifies that a disposition order may "include" a "condition regarding . . . treatment". In my view, the language in the first part clearly prohibits direct action by the Board to order or prescribe treatment, while the second part refers to treatment in a more indirect manner, and is more consistent with or reflective of the Board's supervisory power over treatment decisions, as discussed above. If Parliament did not intend a "condition regarding . . . treatment" to be somehow distinct from an order directing that treatment be carried out or that the accused submit to treatment, the actual wording of s. 672.55(1) would in effect be unnecessarily awkward and redundant,

seconde partie une véritable exception à l'interdiction générale prévue dans la première partie, on aurait employé un libellé beaucoup plus précis. Le législateur aurait pu, par exemple, utiliser l'une ou l'autre des formulations suivantes :

La décision visée à l'article 672.54 ne peut prescrire de traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou ordonner que celui-ci s'y soumette, à moins que le tribunal ou la commission d'examen estime que cette condition est raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et que l'accusé y consente. [Je souligne.]

OU

La décision visée à l'article 672.54 ne peut prescrire de traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou ordonner que celui-ci s'y soumette; elle peut toutefois comporter une condition prescrivant un traitement si le tribunal ou la commission de révision estime qu'elle est raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et que ce dernier y consent. [Je souligne.]

L'une ou l'autre de ces deux formulations auraient indiqué clairement que le législateur voulait établir une exception précise à l'interdiction générale de prescrire un traitement, pour autant que les éléments de consentement, de nécessité et de caractère raisonnable soient présents.

52 Or, le législateur a plutôt adopté délibérément une formulation différente dans la deuxième partie du par. 672.55(1). Alors que la première partie de la disposition prévoit qu'une *décision* ne peut « prescrire » de traitement à un accusé ou ordonner que celui-ci s'y « soumette », la deuxième partie précise que la décision peut « comporter » une « condition relative à un traitement ». À mon avis, le libellé de la première partie interdit clairement à la commission d'ordonner ou de prescrire directement un traitement, alors que la seconde partie se rapporte au traitement d'une manière plus indirecte, et elle est plus conforme ou correspond davantage au pouvoir de supervision de la commission à l'égard des décisions relatives à un traitement, comme nous l'avons vu. Si le législateur ne voulait pas que la « condition relative à un traitement » soit quelque peu différente de la décision prescrivant un traitement ou ordonnant que l'accusé se soumette à un traitement,

especially where much clearer and simpler formulations exist, as noted above. In my view, the precise wording selected by Parliament is significant and relevant, and the interpretation of s. 672.55(1) should reflect that specific legislative distinction.

53 This interpretation is reinforced by referring to the French text of s. 672.55(1), which refers to a Board or court being able to include "*une condition relative à un traitement*", clearly implying a more indirect level of intervention (i.e., supervision over treatment decisions, not actual prescription of treatment). As well, where Parliament has intended for treatment to be specifically imposed or prescribed in respect of an accused, it has used different wording and a different operational scheme. For example, s. 672.58 deals with the power of a court (but not a Review Board) to: "on application by the prosecutor, by order, direct that treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days . . . [or] that the accused submit to that treatment by the person or at the hospital specified" for an accused person found "unfit to stand trial". It is noteworthy that such an order can only be made for the purpose of rendering the accused fit to stand trial (s. 672.59(1)), and that it must be undertaken with the consent of the person responsible for administering the treatment (s. 672.62(1)), and if necessary, without the consent of the accused (s. 672.62(2)). In the absence of such explicit statutory language and operational structure, the second part of s. 672.55(1) cannot be seen as providing a true "exception" to the general prohibition found in the first part of the section. Furthermore, while the prohibition in the first part of s. 672.55(1) clearly contemplates medical treatment in the form of drugs or therapies recommended, approved, delivered and supervised by hospital staff, the second part of s. 672.55(1) arguably refers to a "commitment" by the accused himself to *continue* a certain course of treatment, while in the community, which was undertaken or recommended while still under hospital detention, as suggested in the hypothetical illustration provided by counsel for the appellant. This commitment to

alors le texte actuel du par. 672.55(1) serait effectivement inutilement maladroit et redondant, surtout qu'il existe des formulations beaucoup plus claires et plus simples, comme nous l'avons vu précédemment. À mon avis, le libellé précis pour lequel a opté le législateur est révélateur et pertinent, et cette distinction législative particulière devrait se refléter dans l'interprétation du par. 672.55(1).

Cette interprétation est renforcée par le recours à la version française du par. 672.55(1) selon laquelle une commission ou un tribunal peut inclure « une condition relative à un traitement », ce qui suppose clairement un niveau d'intervention plus indirect (c.-à-d. une supervision des décisions relatives à un traitement, non pas une véritable prescription de traitement). Aussi, lorsque le législateur a voulu qu'un traitement soit expressément imposé ou prescrit à un accusé, il a employé un libellé différent et une structure opérationnelle différente. Par exemple, l'art. 672.58 traite ainsi du pouvoir d'un tribunal (mais non d'une commission d'examen) qui peut : « sur demande du poursuivant, rendre une décision prévoyant le traitement de l'accusé pour une période maximale de soixante jours, [. . .] lui enjoignant de s'y soumettre et de se présenter à la personne ou à l'hôpital indiqué » dans le cas où l'accusé a été déclaré « inapt[e] à subir son procès ». Il convient de noter qu'une décision de cette nature ne peut être rendue qu'afin de rendre l'accusé apte à subir son procès (par. 672.59(1)), et qu'elle doit être rendue avec le consentement de la personne chargée du traitement (par. 672.62(1)), et au besoin, sans le consentement de l'accusé (par. 672.62(2)). Sans ce libellé et cette structure opérationnelle explicites, la deuxième partie du par. 672.55(1) ne peut être considérée comme créant une véritable « exception » à l'interdiction générale prévue dans la première partie de la disposition. De plus, même si cette interdiction dans la première partie du par. 672.55(1) vise clairement le traitement médical sous forme de médicaments ou de thérapies dont la recommandation, l'approbation, l'administration et la supervision relèvent du personnel hospitalier, on peut prétendre, comme le propose l'avocat de l'appelant dans son exemple hypothétique, que la deuxième partie du par. 672.55(1) vise l'« engagement » personnel de

continue a certain course of treatment, as a condition to be fulfilled in order to achieve an increase in liberty (by moving from hospital detention to conditional discharge in the community, for example), is not equivalent in nature or in scope to prescribing or ordering that medical treatment be provided by health professionals, which is specifically prohibited by the first part of s. 672.55(1). The second part of the section refers to "treatment" only in the sense of the accused's own commitment to continue a certain course of treatment in the community, when he or she is no longer subject to the hospital's jurisdiction or authority.

Thus, a condition "regarding" treatment in the context of s. 672.55(1) does not constitute an exercise of power by Boards to require a hospital authority to provide certain medical services or to require the accused to submit to treatment, which are explicitly prohibited; it therefore cannot support the notion that Boards have the authority to order or prescribe treatment in respect of an NCR accused under s. 672.54. This interpretation of s. 672.55(1) is consistent with the distinction established earlier between "prescribing" treatment and "supervising" treatment decisions; by allowing Boards to include a condition "regarding" treatment where the accused consents and where the Board considers it to be reasonable and necessary, the second part of s. 672.55(1) in effect constitutes one example or manifestation of the Board's supervisory powers under s. 672.54. Those supervisory powers are not solely grounded in or dependent upon s. 672.55(1); as explained above, they derive from a consideration of the Board's role and mandate, the structure and wording of the legislative scheme as a whole, the legislative purpose, and Parliament's intent as interpreted and developed in the jurisprudence.

l'accusé à *continuer*, pendant qu'il est dans la collectivité, un traitement particulier entrepris ou recommandé alors qu'il était toujours détenu à l'hôpital. Cet engagement à poursuivre un traitement particulier, s'agissant pour l'accusé d'une condition à respecter pour accéder à une plus grande liberté (en passant d'une détention à l'hôpital à une libération conditionnelle dans la collectivité, par exemple) n'équivaut pas, de par sa nature ou sa portée, à une prescription ou à une ordonnance portant qu'un traitement médical soit administré par des professionnels de la santé, ce qu'interdit expressément la première partie du par. 672.55(1). La deuxième partie de la disposition ne concerne le « traitement » que sur le plan de l'engagement personnel de l'accusé à poursuivre un traitement particulier dans la collectivité, alors qu'il n'est plus sous la responsabilité de l'hôpital.

54 Ainsi, une condition « relative » à un traitement dans le contexte du par. 672.55(1) ne constitue pas l'exercice, par la commission, du pouvoir d'exiger d'une autorité hospitalière qu'elle offre certains services médicaux, ou d'exiger de l'accusé qu'il se soumette à un traitement, ce qui est expressément interdit; cette disposition ne permet donc pas d'étayer l'idée que la commission a le pouvoir d'ordonner ou de prescrire un traitement à un accusé non responsable criminellement en vertu de l'art. 672.54. Cette interprétation du par. 672.55(1) est compatible avec la distinction établie précédemment entre la « prescription » d'un traitement et la « supervision » des décisions relatives à un traitement; en permettant à la commission d'inclure une condition « relative » à un traitement, si l'accusé y consent et si la commission l'estime raisonnable et nécessaire, la seconde partie du par. 672.55(1) constitue effectivement un exemple ou une manifestation des pouvoirs de supervision dont dispose la commission en vertu de l'art. 672.54. Ces pouvoirs de supervision ne sont pas exclusivement fondés sur le par. 672.55(1) et n'en dépendent pas non plus; comme je l'ai expliqué ci-dessus, ils découlent d'un examen du rôle et du mandat de la commission, de la structure et du libellé du régime législatif dans son ensemble, de l'objectif législatif et de l'intention du législateur telle qu'interprétée et développée par la jurisprudence.

55 Furthermore, in my view, s. 672.55(1) should have a very narrow and limited application and scope, as argued by the Board. Review Boards will likely resort to this power to include conditions "regarding" treatment only rarely and in specific situations, where for example the Board is contemplating a significant decrease in the restraints on an accused's liberty which is effectively conditional upon him or her committing to continue a particular course of treatment (which was already undertaken or approved by the hospital treatment team while the accused was subject to a hospital detention order) while in the community. The purpose of requiring such a commitment is to ensure that the accused's threat to public safety is appropriately managed while in the community, given that he is no longer under the hospital's supervision. This means that the power to include a condition "regarding" treatment under s. 672.55(1) does not eliminate, reduce or ignore any discretionary authority of the Director or other relevant hospital authority. In the example provided by counsel for the appellant, the Board could validly order Mazzei to continue taking his medication (if he consents, and if it is reasonable and necessary), but it is implicit that such medication would already have been recommended, approved and/or implemented by the Director during the accused's hospital detention. That is, the Board would merely be ordering Mazzei to continue a course of treatment already approved by the relevant hospital authority; the Board would not be able to itself decide on a new course of treatment or prescribe therapy which had not been part of Mazzei's treatment plan during his hospital detention. Thus, the discretionary authority of the Director has not been undermined, but is rather confirmed and respected. In essence then, the limited power to make a condition "regarding" treatment under s. 672.55(1) is merely a reflection of the Board continuing to fulfill its mandate to provide "opportunities for treatment" in situations where the accused is in the community and no longer under the supervision of a provincial health authority. One might ask why Parliament would have chosen to adopt s. 672.55(1) if supervisory powers were already provided for. In my view, this provision was meant to specify that

J'estime en outre que l'application et la portée du par. 672.55(1) devraient être très restrictives et limitées, comme l'a soutenu la commission. Il est probable que les commissions d'examen ne recourront à ce pouvoir d'inclure des conditions « relatives » à un traitement que rarement et dans des situations précises — lorsque par exemple la commission envisage d'assouplir de façon importante les privations de liberté de l'accusé à la condition qu'il s'engage en fait à poursuivre un traitement particulier (déjà entrepris ou approuvé par l'équipe médicale de l'hôpital alors qu'il était visé par une ordonnance de détention à l'hôpital) pendant qu'il est dans la collectivité. Cette condition relative à l'engagement vise à assurer une gestion adéquate du risque que représente l'accusé pour la sécurité du public pendant qu'il est dans la collectivité, étant donné qu'il n'est plus sous la supervision de l'hôpital. Cela signifie que le pouvoir d'inclure une condition « relative » à un traitement conféré par le par. 672.55(1) n'a pas pour effet d'écarter, de réduire ou de passer sous silence le pouvoir discrétionnaire dont dispose le directeur ou toute autre autorité hospitalière compétente. Dans l'exemple donné par l'avocat de l'appelant, la commission pourrait validement ordonner à M. Mazzei de continuer à prendre ses médicaments (s'il y consent et si cette mesure est raisonnable et nécessaire), mais il est implicite que cette médication aurait déjà été recommandée, approuvée ou prescrite par le directeur pendant que l'accusé était détenu à l'hôpital. Cela signifie que la commission aurait simplement ordonné à M. Mazzei de continuer un traitement déjà approuvé par l'autorité hospitalière compétente; la commission n'aurait pas pu elle-même décider d'un nouveau traitement ou prescrire une thérapie qui n'aurait pas fait partie du programme de traitement établi à l'égard de M. Mazzei au cours de sa détention à l'hôpital. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire du directeur n'a pas été écarté, mais plutôt confirmé et respecté. Pour l'essentiel donc, le pouvoir limité de fixer une condition « relative » à un traitement prévu au par. 672.55(1) est simplement une manifestation du mandat de la commission qui consiste à offrir la « possibilité de recevoir un traitement » lorsque l'accusé se trouve dans la collectivité et qu'il n'est plus sous la supervision d'une

supervisory powers continue even where treatment plans are at issue, but that they must not override the powers and responsibilities of the Director to prescribe treatment as such.

autorité provinciale en matière de santé. On peut se demander pourquoi le législateur aurait choisi d'adopter le par. 672.55(1) s'il avait déjà prévu des pouvoirs de supervision. À mon avis, cette disposition devait préciser que les pouvoirs de supervision continuent d'exister même lorsque les programmes de traitement sont contestés, mais qu'ils ne doivent pas primer sur les pouvoirs et les responsabilités du directeur de prescrire un traitement en tant que tel.

5. Application to the Facts

In this case, the Board's disposition order required the Director to: (1) provide an independent evaluation of Mazzei's diagnosis, treatment, and clinical progress; (2) provide an independent evaluation of Mazzei's public safety risk in light of a new "refocussed" treatment plan; and (3) undertake assertive efforts to enroll Mazzei in a culturally appropriate treatment program. In light of the legislative scheme and the Board's mandate discussed above, how should these conditions be characterized? As valid requests for information under the Board's supervisory powers, or as an invalid interference with the Director's treatment decisions? I am of the view that all three conditions constitute valid exercises of the Board's power to request information for the assessment and management of Mazzei's safety risk, and its power to supervise his treatment, including the scrutiny of past approaches and the exploration of alternatives. Furthermore, all three conditions were "reasonable" given the circumstances of this case and the evidence before the Board at Mazzei's hearing.

5. Application aux faits

56 En l'espèce, la décision de la commission enjoignait au directeur de : (1) fournir une évaluation indépendante concernant le diagnostic, le traitement et les progrès cliniques de M. Mazzei; (2) fournir une évaluation indépendante du risque que représente M. Mazzei pour la sécurité du public établie en fonction d'une nouvelle thérapeutique réorientée; et (3) déployer des efforts soutenus en vue de fournir à M. Mazzei la possibilité de participer à un programme thérapeutique adapté à sa culture. Compte tenu du régime législatif et du mandat de la commission dont il a été question précédemment, faudrait-il qualifier ces conditions de demandes de renseignements valides relevant des pouvoirs de supervision de la commission, ou d'un empiètement invalide sur les décisions du directeur en matière de traitement? Je suis d'avis que les trois conditions constituent un exercice valide du pouvoir de la commission de demander des renseignements en vue de l'évaluation et de la gestion du risque que représente M. Mazzei pour la sécurité, ainsi que de son pouvoir de superviser son traitement, qui inclut celui d'examiner les méthodes antérieures et d'explorer d'autres avenues. De plus, les trois conditions étaient « raisonnables » étant donné les circonstances de l'espèce et la preuve soumise à la commission lors de l'audition relative à M. Mazzei.

5.1 *Jurisdiction to Impose the Conditions*

5.1.1 Condition 8: Reassessment of the Current Treatment Plan

Condition 8 in the April 3, 2002 order required the Director to "undertake a comprehensive . . .

5.1 *Compétence pour imposer les conditions*

5.1.1 Condition 8 : réévaluation du programme thérapeutique établi

57 La condition 8 assortissant l'ordonnance du 3 avril 2002 enjoignait au directeur de

review" of Mazzei's diagnosis and current treatment, so as to develop "an integrated . . . approach which considers the current treatment impasse and the accused's reluctance to become an active participant in his rehabilitation". This condition falls squarely within the Board's authority to "question the treatment the accused is receiving", as acknowledged by the B.C.C.A. (at para. 89), and to require the Director to reconsider the current treatment plan and to explore alternative approaches which may be more appropriate or effective for Mazzei. There is nothing in this condition which prescribes treatment or which interferes with the medical services approved and implemented by the Director and hospital staff; nor does this condition interfere with the Director's ultimate discretion and authority with respect to the specific treatment provided to Mazzei; it merely requires the Director to reconsider the approach taken thus far and to explore other options given the apparent failure of the current approach. It does, however, represent a clear and acceptable limit on the Director's ability to act as the sole judge of the efficacy of a treatment approach, and as a valid exercise of the Board's supervisory powers over the provision of opportunities for appropriate medical treatment.

58 This condition is also consistent with the Board's statutory mandate to make an appropriate disposition order which achieves the twin goals of Part XX.1: protection of the public and safeguarding Mazzei's liberty interests. In fulfilling this mandate, the Board is required to gather accurate information in order to assess Mazzei's risk to public safety. This is reflected in the factors enumerated in s. 672.54, such as the need to consider "the mental condition of the accused". Requiring the Director to undertake a review of past and current treatment approaches, and the reasons for the apparent "impasse", is consistent with this scheme. It is a supervisory power which is incidental and necessary to the Board's mandate to obtain all necessary information it requires in order to arrive at an

[TRADUCTION] « procéder à un examen [. . .] exhaustif », du diagnostic et du traitement de M. Mazzei, en vue d'élaborer [TRADUCTION] « une thérapeutique intégrée qui tienne compte de l'impasse thérapeutique actuelle et de la réticence de l'accusé à participer activement à sa réadaptation ». Cette condition relève clairement du pouvoir de la commission de [TRADUCTION] « remettre en question le traitement que l'accusé reçoit », ainsi que l'a reconnu la C.A.C.-B. (par. 89), et d'obliger le directeur à reconsidérer le programme de traitement établi et à explorer d'autres méthodes qui pourraient se révéler plus efficaces et mieux adaptées pour M. Mazzei. Rien dans cette condition ne prescrit un traitement ou n'empiète sur les services médicaux approuvés et mis en œuvre par le directeur et le personnel hospitalier; cette condition n'empiète pas non plus sur le pouvoir discrétionnaire ultime dont jouit le directeur à l'égard du traitement particulier offert à M. Mazzei. Elle oblige simplement le directeur à reconsidérer l'approche jusqu'alors adoptée et à explorer d'autres solutions compte tenu de l'échec apparent de la méthode établie. Elle représente cependant une limite claire et acceptable au pouvoir du directeur de juger seul de l'efficacité d'une méthode de traitement et constitue un exercice valide par la commission de ses pouvoirs de supervision quant à la possibilité d'offrir un traitement médical approprié.

Cette condition est aussi conforme au mandat légal de la commission de rendre une décision appropriée qui respecte le double objectif de la partie XX.1 : la protection du public et la protection du droit à la liberté de M. Mazzei. Dans l'exécution de ce mandat, la commission est tenue de recueillir des renseignements exacts afin d'évaluer le risque que représente M. Mazzei pour la sécurité du public. Cette obligation se reflète dans les facteurs énumérés à l'art. 672.54, tels que la nécessité de tenir compte de « l'état mental de l'accusé ». Obliger le directeur à procéder à un examen des méthodes de traitement actuelles et antérieures, ainsi que des motifs de l'« impasse » apparente, est conforme à ce régime. Il s'agit d'un pouvoir de supervision qui est accessoire et nécessaire au

accurate assessment of an accused's risk to public safety and prospects for community reintegration. Forming its own opinion on the appropriateness or efficacy of a particular treatment plan is a necessary component of this power.

mandat de la commission d'obtenir tous les renseignements pertinents dont elle a besoin pour parvenir à une évaluation exacte du risque que représente un accusé pour la sécurité du public et de ses chances de réinsertion sociale. Former sa propre opinion sur l'opportunité et l'efficacité d'un programme de traitement particulier est une composante nécessaire de ce pouvoir.

5.1.2 Condition 9: Independent Risk Assessment

Condition 9 required the Director to provide an "independent assessment" of Mazzei's risk to the public "in consideration of the above refocussed treatment plan", to be used at Mazzei's next hearing. One possible objection to this condition is that it implies that the Director must actually submit a new "refocussed" treatment plan in light of the Board's dissatisfaction with the current approach as indicated in condition 8; this would arguably move condition 9 closer to the kind of invalid condition actually prescribing treatment. However, this condition must also be interpreted in light of the Board's statutory mandate and the need to gather relevant information in order to craft an appropriate disposition. Independent advice would be justified in light of the aforementioned treatment impasse. The Board must be entitled to demand new independent information to be provided where there is a significant difference of opinion between the accused and the treatment team with respect to the current approach, and an apparent breakdown in communication and trust. Thus, in ordering an independent assessment of Mazzei's threat to public safety, in light of the failure of past treatment approaches and the prospect of new alternative options, the Board was clearly exercising a valid power to supervise the progress of Mazzei's rehabilitation.

5.1.2 Condition 9 : évaluation indépendante du risque

59 La condition 9 enjoignait au directeur de fournir une [TRADUCTION] « évaluation indépendante » du risque que représente M. Mazzei pour le public [TRADUCTION] « établie en fonction de la thérapeutique réorientée dont il est question ci-dessus », en vue de la prochaine audition relative à M. Mazzei. Une des objections qui pourraient être soulevées relativement à cette condition est qu'elle suppose que le directeur doit présenter une nouvelle thérapeutique « réorientée » compte tenu de l'insatisfaction de la commission en regard de la méthode établie, comme l'indique la condition 8. On pourrait ainsi dire que la condition 9 s'apparente davantage au type de condition invalide prescrivant effectivement un traitement. Or, cette condition doit également être interprétée en fonction du mandat légal de la commission et de la nécessité de recueillir tous les renseignements pertinents dont celle-ci a besoin pour rendre une décision appropriée. Il serait justifié qu'elle obtienne un avis indépendant compte tenu de l'impasse thérapeutique susmentionnée. La commission doit avoir le droit d'exiger qu'on lui fournisse de nouveaux renseignements indépendants lorsqu'il existe une importante divergence d'opinions opposant l'accusé et l'équipe médicale quant à la méthode adoptée, notamment quand elle est en présence d'un manque flagrant de communication et de confiance. Ainsi, en ordonnant une évaluation indépendante du risque que représente M. Mazzei pour la sécurité du public, étant donné l'échec des méthodes thérapeutiques antérieures et la perspective de nouvelles solutions de rechange, la commission exerçait de toute évidence un pouvoir de supervision valide sur les progrès réalisés par M. Mazzei dans sa réadaptation.

60 There is nothing in this condition which exceeds the Board's jurisdiction to make binding orders and impose conditions "regarding" treatment. The condition here is merely designed to require the Director to assist the Board in acquiring and analyzing the relevant information required for an appropriate and accurate assessment of Mazzei's threat to public safety, especially in light of the new "integrated treatment approach" envisioned by condition 8 which would presumably help reduce this risk by managing and treating Mazzei's mental condition more effectively and appropriately.

Rien dans cette condition n'outrepasse la compétence de la commission de rendre des ordonnances contraignantes et d'imposer des modalités « relatives » à un traitement. Cette condition vise simplement à exiger du directeur qu'il aide la commission à obtenir et à analyser les renseignements pertinents dont celle-ci a besoin pour procéder à une évaluation juste et exacte du risque que représente M. Mazzei pour la sécurité du public, notamment à la lumière du nouveau [TRADUCTION] « programme thérapeutique intégré » envisagé par la condition 8, lequel pourrait contribuer à réduire ce risque grâce à la prise en charge de M. Mazzei et à un traitement plus efficace et mieux adapté de son état mental.

5.1.3 Condition 10: Culturally Appropriate Treatment

5.1.3 Condition 10 : traitement adapté à la culture

61 Condition 10 required the Director to "undertake assertive efforts to enroll the accused in a culturally appropriate treatment program". This condition is perhaps the most controversial in that it comes closest to "prescribing" treatment. However, upon closer inspection, condition 10 is still clearly within the Board's jurisdictional authority, since it is more in the nature of an order requiring the Director to explore new possibilities and consider their effectiveness. The Director is being asked to seriously investigate the possibility of enrolling Mazzei in a culturally appropriate treatment program; in this context, "undertak[ing] assertive efforts" would arguably include making inquiries with those who administer the program in question, consulting with the person in charge of the program, performing an assessment of the likelihood of eligibility and enrolment, etc. Condition 10 is therefore consistent with the Director's obligation to provide accurate and relevant information to the Board, and to investigate and provide opportunities for appropriate medical treatment. The wording of the condition merely requires the Director to "undertake assertive efforts" (emphasis added) to enroll Mazzei in a culturally appropriate treatment program; it falls short of specifically prescribing such enrollment. The Director is merely

La condition 10 exigeait du directeur qu'il [TRADUCTION] « déploie des efforts soutenus en vue de fournir à l'accusé la possibilité de participer à un programme thérapeutique adapté à sa culture ». Cette condition est peut-être la plus controversée en ce qu'elle se rapproche le plus du fait de « prescrire » un traitement. Cependant, un examen plus approfondi révèle que la condition 10 relève clairement de la compétence de la commission puisqu'elle s'apparente davantage à une ordonnance enjoignant au directeur d'explorer de nouvelles avenues et d'en examiner l'efficacité. On demande au directeur d'examiner sérieusement la possibilité d'obtenir la participation de M. Mazzei à un programme thérapeutique adapté à sa culture; dans ce contexte, on peut soutenir que les termes « déploie des efforts soutenus » comportent l'obligation de s'informer auprès des personnes qui administrent le programme en question, de consulter les personnes responsables du programme, d'évaluer les probabilités d'admissibilité et de participation, etc. La condition 10 est donc compatible avec l'obligation qu'a le directeur de fournir des renseignements exacts et pertinents à la commission, d'étudier et d'offrir des possibilités de traitement médical adapté. Le libellé de la condition requiert simplement du directeur qu'il « déploie des efforts soutenus » (je souligne) en vue de fournir à M. Mazzei

asked to obtain more information on appropriate programs and on Mazzei's eligibility.

In my view, condition 10 does not interfere with Mazzei's treatment plan in any way, nor with the treatment team's and the Director's discretionary authority with respect to Mazzei's treatment. All parties appear to have agreed that a culturally appropriate treatment program would likely be beneficial to Mazzei; the only dispute was over who should bear the responsibility for exploring this option. Requiring the Director to seriously investigate culturally appropriate treatment does not remove or undermine the Director's discretionary authority over Mazzei's clinical progress. All the Director is being asked to do is to undertake "assertive efforts". If the Director can demonstrate that such efforts were undertaken, but ultimately feels that Mazzei does not belong in such a program or would not benefit from it, or that a more appropriate treatment course already exists within the Hospital, then the Board will have to be satisfied with this position (unless, of course, the Board considers that position unreasonable, according to the circumstances and according to the evidence before it, as per its supervisory powers over treatment decisions, discussed above). So long as the Director complies with the Board's order, and demonstrates that culturally appropriate treatment has been explored and that efforts were made to consider Mazzei's enrolment, then the Board would not be able to go further in asserting its powers. The Director would still retain a discretionary authority over Mazzei's treatment and clinical progress, subject to the Board's supervision when necessary, but nonetheless free from actual interference by the Board.

It is clear that the Board would not have been able to prescribe such a treatment program or require the Director to *actually* enroll Mazzei in

la possibilité de participer à un programme thérapeutique adapté à sa culture; il est loin de prescrire expressément une telle participation. On demande simplement au directeur d'obtenir de plus amples renseignements sur les programmes adaptés et sur l'admissibilité de M. Mazzei.

62 À mon avis, la condition 10 n'empiète aucunement sur le programme thérapeutique de M. Mazzei, ni sur le pouvoir discrétionnaire dont disposent l'équipe médicale et le directeur à cet égard. Toutes les parties semblent avoir convenu qu'un programme thérapeutique adapté au plan culturel serait vraisemblablement bénéfique pour M. Mazzei; le seul sujet de discorde était la personne qui devrait se charger d'approfondir cette solution. Le fait d'exiger du directeur qu'il examine sérieusement la possibilité d'un traitement adapté au plan culturel n'a pas pour effet de lui enlever ou de compromettre le pouvoir discrétionnaire dont il dispose sur les progrès cliniques de M. Mazzei. Tout ce qu'on demande au directeur, c'est qu'il déploie des « efforts soutenus ». Si le directeur peut démontrer que de tels efforts ont été déployés, mais qu'il estime en définitive que ce programme ne convient pas à M. Mazzei ou ne lui serait pas bénéfique, ou qu'un traitement mieux adapté est déjà offert à l'hôpital, la commission devra alors accepter cette opinion (à moins, bien sûr, qu'elle la juge déraisonnable, selon les circonstances et la preuve qui lui est soumise, conformément au pouvoir de supervision susmentionné dont elle dispose à l'égard des décisions relatives à un traitement). Dans la mesure où le directeur respecte la décision de la commission et démontre qu'il a étudié la possibilité d'offrir un traitement adapté au plan culturel et qu'il a tenté d'obtenir la participation de M. Mazzei, la commission ne pourrait pas aller plus loin dans l'exercice de son pouvoir. Le directeur conserverait quand même son pouvoir discrétionnaire à l'égard du traitement et des progrès cliniques de M. Mazzei, lesquels seraient soumis, au besoin, à la supervision de la commission, tout en étant cependant à l'abri de son ingérence.

63 Il est évident que la commission n'aurait pas pu prescrire un tel programme thérapeutique ni exiger du directeur qu'il obtienne *de fait* la

such a program, even with the consent of Mazzei himself under s. 672.55(1), as suggested by the appellant and by some of the interveners. Such a condition would likely represent an excess of the Board's jurisdiction; as discussed above, conditions "regarding" treatment under s. 672.55(1) are meant to have a much more limited and narrow application, and the application of s. 672.55(1) here would not be appropriate, nor would it be necessary.

participation de M. Mazzei à ce programme, même avec le consentement de M. Mazzei lui-même aux termes du par. 672.55(1), comme l'ont proposé l'appelant et certains des intervenants. Pareille condition constituerait vraisemblablement un excès de compétence de la part de la commission; comme nous l'avons vu, les conditions « relatives » à un traitement visées par le par. 672.55(1) doivent être d'application beaucoup plus limitée et restrictive, et l'application du par. 672.55(1) en l'espèce ne serait ni appropriée, ni nécessaire.

5.2 *The Reasonableness of the Conditions*

5.2 *Le caractère raisonnable des conditions*

64 Having decided that the Board was correct in interpreting its powers under s. 672.54, and that conditions 8, 9 and 10 were consistent with those powers, it must still be determined whether these three conditions were in fact "reasonable", given the circumstances and the evidence before the Board at Mazzei's hearing. In my view, all three conditions were reasonable in that they were amply supported and justified by the facts, the circumstances, and the available evidence at the Board hearing.

Après avoir décidé que la commission a correctement interprété les pouvoirs que lui confère l'art. 672.54, et que les conditions 8, 9 et 10 étaient conformes à ces pouvoirs, il reste encore à déterminer si ces trois conditions étaient en fait « raisonnables » étant donné les circonstances et la preuve soumise à la commission lors de l'audition relative à M. Mazzei. À mon avis, les trois conditions étaient raisonnables en ce qu'elles étaient amplement étayées et justifiées par les faits, les circonstances et la preuve dont disposait la commission à l'audition.

65 In particular, all three conditions were motivated and justified by the circumstances of Mazzei's situation and his hearing before the Board; the conditions effectively respond to the alleged "treatment impasse" which the Board felt had been reached with respect to Mazzei's situation. The Board's decision to seek out a global review (in condition 8) was primarily motivated by its frustration with the lack of progress made in respect of Mazzei's treatment plan and rehabilitation efforts, regardless of who bore the blame for this impasse. It was also a direct response to the perceived lack of information on Mazzei's mental condition, and to the inability of his case manager to answer the Board's questions with respect to medical issues (see Board's decision, at p. 2). Likewise, the new risk assessment contemplated in condition 9 was motivated by the apparent impasse in Mazzei's clinical progress, and by the Board's frustration with the lack of accurate and useful information available to it at the hearing, as evidenced by the late reports filed by the

En particulier, les trois conditions étaient motivées et justifiées par les circonstances que constituaient la situation de M. Mazzei et l'audition de son cas devant la commission; les conditions dénouaient en fait l'« impasse thérapeutique » dans laquelle semblait se trouver, selon la commission, le cas de M. Mazzei. La décision de la commission de chercher à obtenir un examen global (à la condition 8) était principalement motivée par sa frustration, étant donné que le programme thérapeutique et les efforts de réadaptation de M. Mazzei n'avaient pas porté fruit, quel que soit le responsable de cette impasse. Elle constituait également une réponse directe au manque apparent de renseignements sur l'état mental de M. Mazzei et à l'incapacité du gestionnaire de cas à répondre aux questions de la commission sur certains aspects médicaux (voir décision de la commission, p. 2). De même, la nouvelle évaluation du risque envisagée à la condition 9 était motivée par l'impasse apparente dans laquelle se trouvait M. Mazzei

treatment team and the absence of Mazzei's supervising psychiatrist at the hearing (see Board's decision, at p. 2). This frustration was compounded by the significant difference of opinion between the Director and Mazzei on who should bear the blame for the stalled clinical progress. In addition, the decision to explore a First Nations residential rehabilitation program in condition 10 also reflects the Board's duty to provide "opportunities for appropriate treatment" (see *Winko*, at para. 43 (emphasis added)), and its obligation to consider the "other needs" of the accused when crafting a disposition order under s. 672.54. Such "other needs" would arguably include the need for treatment which is culturally appropriate and responsive to an accused's aboriginal culture and heritage.

Therefore, not only was the Board correct in its interpretation of its powers and jurisdiction under s. 672.54, but the actual conditions it imposed were consistent with those powers and were reasonable given the circumstances of Mazzei's treatment impasse, and the evidence (or lack thereof) available to the Board at the hearing.

6. Conclusion and Disposition

Based on this analysis, Mazzei's appeal should be allowed; the B.C.C.A. erred in striking the three impugned conditions from the Board's April 3, 2002 order. Review Boards have the power to make conditions regarding the provision and supervision of medical treatment, and to make such conditions binding on other parties such as hospital authorities. This power is justified by the statutory role and mandate of Review Boards; yet it is a limited mandate, since Review Boards cannot go so far as to actually prescribe or impose medical treatment, or require hospital authorities to deliver that treatment. However, conditions 8, 9 and 10 in the

relativement à ses progrès cliniques et par la frustration de la commission devant le manque de renseignements exacts et pertinents dont elle disposait à l'audition, comme en témoignent les derniers rapports déposés par l'équipe médicale et l'absence du psychiatre supervisant M. Mazzei à l'audition (voir décision de la commission, p. 2). Cette frustration était exacerbée par l'importante divergence d'opinions qui opposait le directeur et M. Mazzei sur la question de savoir à qui attribuer la responsabilité pour l'arrêt des progrès cliniques. En outre, la décision d'étudier la possibilité d'appliquer un programme autochtone de réadaptation en établissement à la condition 10 reflète également l'obligation de la commission d'offrir la « possibilité de recevoir un traitement approprié » (voir *Winko*, par. 43 (je souligne)) et son obligation de tenir compte des « besoins » de l'accusé lorsqu'elle élabore une décision fondée sur l'art. 672.54. Parmi ces « besoins » pourrait figurer la nécessité de recevoir un traitement qui soit adapté au plan culturel et qui tienne compte de la culture et du patrimoine autochtones de l'accusé.

66 Par conséquent, non seulement la commission a correctement interprété les pouvoirs et la compétence que lui confère l'art. 672.54, mais les modalités qu'elle a imposées étaient conformes à ces pouvoirs et étaient raisonnables compte tenu de l'impasse thérapeutique dans laquelle se trouvait M. Mazzei et de la preuve (ou de l'absence de preuve) dont disposait la commission lors de l'audition.

6. Conclusion et dispositif

67 Compte tenu de la présente analyse, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Mazzei; la C.A.C.-B. a eu tort de retrancher les trois conditions contestées de l'ordonnance rendue par la commission le 3 avril 2002. Les commissions d'examen ont le pouvoir de fixer des modalités relatives à la prestation et à la supervision d'un traitement médical et de rendre ces conditions opposables aux autres parties, telles que les autorités de l'hôpital. Ce pouvoir est justifié par le rôle et le mandat que la loi attribue aux commissions d'examen; il s'agit tout de même d'un mandat limité, puisque les commissions d'examen ne peuvent aller jusqu'à prescrire ou imposer un

present case do not exceed these limits, as they constitute valid exercises of the Board's supervisory role in providing opportunities for appropriate medical treatment, and in fulfilling the goals of Part XX.1 — protecting the public and safeguarding the liberty interests of the accused. As well, all three conditions were reasonable and supported by the evidence available to the Board at Mazzei's April 3, 2002 hearing. Because the three conditions were overtaken by subsequent Board orders, the central issue in this appeal is moot, and there is therefore no practical remedy for the appellant. No costs were sought by the parties, and no costs award should be made.

traitement médical ou à exiger des autorités hospitalières qu'elles administrent ce traitement. En l'espèce, les conditions 8, 9 et 10 ne dépassent pas ces limites puisqu'elles constituent un exercice valide par la commission de son pouvoir de supervision pour ce qui est de fournir la possibilité de recevoir un traitement médical et de réaliser les objectifs de la partie XX.1 — protéger le public et protéger le droit à la liberté de l'accusé. Aussi, les trois conditions étaient raisonnables et étayées par la preuve dont disposait la commission lors de l'audition relative à M. Mazzei, le 3 avril 2002. Comme les trois conditions ont été remplacées par des décisions subséquentes de la commission, la question centrale du présent pourvoi est théorique et par conséquent, l'appelant n'obtient aucun redressement pratique. Les parties n'ont pas demandé les dépens et il n'y a pas lieu de les accorder.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

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

672.1 . . .

"hospital" means a place in a province that is designated by the Minister of Health for the province for the custody, treatment or assessment of an accused in respect of whom an assessment order, a disposition or a placement decision is made.

. . .

"party", in relation to proceedings of a court or Review Board to make or review a disposition, means

(*a*) the accused,

(*b*) the person in charge of the hospital where the accused is detained or is to attend pursuant to an assessment order or a disposition,

(*c*) an Attorney General designated by the court or Review Board under subsection 672.5(3),

(*d*) any interested person designated by the court or Review Board under subsection 672.5(4), or

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

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

672.1 . . .

« hôpital » Lieu d'une province désigné par le ministre de la santé de la province en vue de la garde, du traitement ou de l'évaluation d'un accusé visé par une décision ou une ordonnance d'évaluation ou de placement.

. . .

« parties » Les parties au processus de détermination ou de révision de la décision qui doit être prise par un tribunal ou une commission d'examen, c'est-à-dire :

a) l'accusé;

b) le responsable de l'hôpital où l'accusé est détenu ou doit se présenter en conformité avec une ordonnance d'évaluation ou une décision;

c) un procureur général désigné par le tribunal ou la commission d'examen en vertu du paragraphe 672.5(3);

d) toute autre personne intéressée qui est désignée par le tribunal ou la commission d'examen, en vertu du paragraphe 672.5(4);

(*e*) where the disposition is to be made by a court, the prosecutor of the charge against the accused;

. . .

672.54 Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(*a*) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(*b*) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(*c*) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

672.55 (1) No disposition made under section 672.54 shall direct that any psychiatric or other treatment of the accused be carried out or that the accused submit to such treatment except that the disposition may include a condition regarding psychiatric or other treatment where the accused has consented to the condition and the court or Review Board considers the condition to be reasonable and necessary in the interests of the accused.

. . .

672.58 Where a verdict of unfit to stand trial is rendered and the court has not made a disposition under section 672.54 in respect of an accused, the court may, on application by the prosecutor, by order, direct that treatment of the accused be carried out for a specified period not exceeding sixty days, subject to such conditions as the court considers appropriate and, where the accused is not detained in custody, direct that the accused submit to that treatment by the person or at the hospital specified.

672.59 (1) No disposition may be made under section 672.58 unless the court is satisfied, on the basis of

e) le poursuivant responsable de l'accusation portée contre l'accusé lorsque la décision doit être rendue par un tribunal.

. . .

672.54 Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale :

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

672.55 (1) La décision visée à l'article 672.54 ne peut prescrire de traitement, notamment un traitement psychiatrique, pour l'accusé ou ordonner que celui-ci s'y soumette; elle peut toutefois comporter une condition relative à un traitement que le tribunal ou la commission d'examen estime raisonnable et nécessaire aux intérêts de l'accusé et à laquelle celui-ci consent.

. . .

672.58 Dans le cas où un verdict d'inaptitude à subir son procès a été rendu à l'égard de l'accusé et à la condition que le tribunal n'ait rendu aucune décision à son égard en vertu de l'article 672.54, le tribunal peut, sur demande du poursuivant, rendre une décision prévoyant le traitement de l'accusé pour une période maximale de soixante jours, sous réserve des modalités que le tribunal fixe et, si celui-ci n'est pas détenu, lui enjoignant de s'y soumettre et de se présenter à la personne ou à l'hôpital indiqué.

672.59 (1) Aucune décision ne peut être rendue en vertu de l'article 672.58 à moins que le tribunal ne soit

the testimony of a medical practitioner, that a specific treatment should be administered to the accused for the purpose of making the accused fit to stand trial.

. . .

672.62 (1) No court shall make a disposition under section 672.58 without the consent of

(*a*) the person in charge of the hospital where the accused is to be treated; or

(*b*) the person to whom responsibility for the treatment of the accused is assigned by the court.

(2) The court may direct that treatment of an accused be carried out pursuant to a disposition made under section 672.58 without the consent of the accused or a person who, according to the laws of the province where the disposition is made, is authorized to consent for the accused.

. . .

672.72 (1) Any party may appeal against a disposition made by a court or a Review Board, or a placement decision made by a Review Board, to the court of appeal of the province where the disposition or placement decision was made on any ground of appeal that raises a question of law or fact alone or of mixed law and fact.

. . .

672.78 (1) The court of appeal may allow an appeal against a disposition or placement decision and set aside an order made by the court or Review Board, where the court of appeal is of the opinion that

(*a*) it is unreasonable or cannot be supported by the evidence;

(*b*) it is based on a wrong decision on a question of law; or

(*c*) there was a miscarriage of justice.

(2) The court of appeal may dismiss an appeal against a disposition or placement decision where the court is of the opinion

(*a*) that paragraphs (1)(*a*), (*b*) and (*c*) do not apply; or

(*b*) that paragraph (1)(*b*) may apply, but the court finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

convaincu, à la lumière du témoignage d'un médecin, qu'un traitement particulier devrait être donné à l'accusé afin de le rendre apte à subir son procès.

. . .

672.62 (1) Le tribunal ne peut rendre une décision en vertu de l'article 672.58 sans le consentement du responsable de l'hôpital où l'accusé doit subir le traitement, ou de la personne que le tribunal charge de ce traitement.

(2) Le tribunal peut ordonner le traitement de l'accusé en conformité avec une décision rendue en vertu de l'article 672.58 sans le consentement de celui-ci ou de la personne qui, selon le droit de la province où la décision est rendue, est autorisée à donner ce consentement au nom de l'accusé.

. . .

672.72 (1) Toute partie aux procédures peut interjeter appel à la cour d'appel de la province où elles sont rendues d'une décision d'un tribunal ou d'une commission d'examen, ou d'une ordonnance de placement rendue par cette dernière pour tout motif de droit, de fait ou mixte de droit et de fait.

. . .

672.78 (1) La cour d'appel peut accueillir l'appel interjeté à l'égard d'une décision ou d'une ordonnance de placement et annuler toute ordonnance rendue par le tribunal ou la commission d'examen si elle est d'avis que, selon le cas :

a) la décision ou l'ordonnance est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve;

b) il s'agit d'une erreur de droit;

c) il y a eu erreur judiciaire.

(2) La cour d'appel peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) les alinéas (1)*a*), *b*) et *c*) ne s'appliquent pas;

b) l'alinéa (1)*b*) peut s'appliquer, mais elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire ne s'est produit.

(3) Where the court of appeal allows an appeal against a disposition or placement decision, it may

(*a*) make any disposition under section 672.54 or any placement decision that the Review Board could have made;

(*b*) refer the matter back to the court or Review Board for re-hearing, in whole or in part, in accordance with any directions that the court of appeal considers appropriate; or

(*c*) make any other order that justice requires.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Legal Services Society of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Director of Adult Forensic Psychiatric Services: Lovett Westmacott, Victoria.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the British Columbia Review Board: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Ontario Review Board, the Quebec Review Board, the Nova Scotia Review Board, the New Brunswick Review Board, the Manitoba Review Board, the Prince Edward Island Review Board, the Saskatchewan Review Board, the Alberta Review Board, the Newfoundland Review Board, the Northwest Territories Review Board, the Yukon Review Board and the Nunavut Review Board: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Community Legal Assistance Society: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

(3) La cour d'appel, si elle accueille l'appel, peut :

a) rendre la décision en vertu de l'article 672.54 ou l'ordonnance de placement que la commission d'examen aurait pu rendre;

b) renvoyer l'affaire au tribunal ou à la commission d'examen pour une nouvelle audition, complète ou partielle, en conformité avec les instructions qu'elle lui donne;

c) rendre toute autre ordonnance que la justice exige.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Legal Services Society of British Columbia, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le directeur des Adult Forensic Psychiatric Services : Lovett Westmacott, Victoria.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Commission d'examen de la Colombie-Britannique : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Commission ontarienne d'examen, la Commission québécoise d'examen, la Commission d'examen de la Nouvelle-Écosse, la Commission d'examen du Nouveau-Brunswick, la Commission d'examen du Manitoba, la Commission d'examen de l'Île-du-Prince-Édouard, la Commission d'examen de la Saskatchewan, la Commission d'examen de l'Alberta, la Commission d'examen de Terre-Neuve, la Commission d'examen des Territoires du Nord-Ouest, la Commission d'examen du Yukon et la Commission d'examen du Nunavut : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

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

Procureur de l'intervenante Community Legal Assistance Society : Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Advocacy Coalition: Hiltz Szigeti, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Mental Health Legal Advocacy Coalition : Hiltz Szigeti, Toronto.

Jocelyn Hotte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HOTTE

Neutral citation: 2006 SCC 8.

File No.: 31029.

2006: March 17.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Defences — Mental disorder automatism — Defence properly not put to jury.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Expert testimony — Trial judge's summary of expert testimony — Summary partially wrong but not distorting expert's testimony.

Criminal law — Trial — Charge to jury — Criminal harassment — Mens rea — Trial judge's charge appropriate as regards impact of depression of accused on issue of his intent to harass victim at time of homicide.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Mailhot and Doyon JJ.A.), [2005] Q.J. No. 8204 (QL), J.E. 2005-1332, 2005 QCCA 625, upholding the accused's convictions for first degree murder and on three counts of attempted murder. Appeal dismissed.

Anne-Marie Lanctôt, Nellie Benoit and *Johanne St-Gelais*, for the appellant.

Louis Bouthillier and *Carole Lebeuf*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — It will not be necessary to hear from you Mr. Bouthillier. The appeal is

Jocelyn Hotte *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* HOTTE

Référence neutre : 2006 CSC 8.

N° du greffe : 31029.

2006 : 17 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Défense à juste titre non soumise au jury.

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Témoignage d'expert — Résumé par le juge du procès du témoignage d'un expert — Résumé partiellement erroné mais n'ayant pas dénaturé le témoignage de l'expert.

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Harcèlement criminel — Mens rea — Directives du juge du procès appropriées quant à l'impact de la maladie dépressive de l'accusé sur la question de son intention de harceler la victime lors de l'homicide.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Mailhot et Doyon), [2005] J.Q. n° 8204 (QL), J.E. 2005-1332, 2005 QCCA 625, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé de meurtre au premier degré et trois chefs de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté.

Anne-Marie Lanctôt, Nellie Benoit et *Johanne St-Gelais*, pour l'appelant.

Louis Bouthillier et *Carole Lebeuf*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Il n'est pas nécessaire de vous entendre, M^e^ Bouthillier. Le pourvoi est rejeté

dismissed for the reasons given by Doyon J.A. for the majority of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Nellie Benoit, Montréal.

Solicitor for the respondent: Carole Lebeuf, Montréal.

pour les motifs exposés par le juge Doyon pour la majorité de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureure de l'appelant : Nellie Benoit, Montréal.

Procureure de l'intimée : Carole Lebeuf, Montréal.

Roopnarine Pittiman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PITTIMAN

Neutral citation: 2006 SCC 9.

File No.: 31070.

2006: February 10; 2006: March 23.

Present: Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Multiple accused charged with same offence — Jury convicting one accused but acquitting two co-accused — Whether jury's verdict finding accused guilty unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused was jointly charged with two co-accused of sexually assaulting a 14-year-old complainant. Following a trial by judge and jury, the accused was convicted and the co-accused were acquitted. The accused appealed his conviction on the basis that the verdicts were inconsistent and, consequently, that the jury's verdict finding him guilty was unreasonable. The majority of the Court of Appeal held that the greater strength of the case against the accused provides a rational basis on which the jury could come to the conclusion that he should be found guilty and the co-accused not guilty. The accused's conviction was therefore affirmed.

Held: The appeal should be dismissed.

Before an appellate court may interfere with a verdict on the basis that it is inconsistent with other verdicts, the court must find that the impugned verdict is unreasonable. The onus of establishing that a verdict is unreasonable on the basis of inconsistency is a difficult one for an accused to meet. In each case, the question is whether the verdicts are irreconcilable such that no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence. In this case, there is a rational basis for reconciling the different verdicts.

Roopnarine Pittiman *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* PITTIMAN

Référence neutre : 2006 CSC 9.

N° du greffe : 31070.

2006 : 10 février; 2006 : 23 mars.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella et Charron.

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

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Plusieurs accusés inculpés de la même infraction — Jury déclarant coupable un accusé mais acquittant deux coaccusés — Le verdict du jury déclarant l'accusé coupable est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

L'accusé et deux coaccusés ont été inculpés conjointement d'agression sexuelle d'une plaignante de 14 ans. À l'issue d'un procès devant un juge et un jury, l'accusé a été déclaré coupable de l'infraction alors que les coaccusés ont été acquittés. L'accusé a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir notamment que les verdicts étaient incompatibles et que, par conséquent, le verdict du jury le déclarant coupable était déraisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué qu'en raison de la plus grande valeur probante de la preuve qui pesait contre l'accusé le jury pouvait logiquement conclure qu'il y avait lieu de le déclarer coupable et de déclarer les coaccusés non coupables. La déclaration de culpabilité de l'accusé a donc été confirmée.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour qu'une cour d'appel puisse modifier un verdict pour cause d'incompatibilité avec d'autres verdicts, elle doit préalablement conclure que le verdict contesté est déraisonnable. Il est difficile pour un accusé de s'acquitter de l'obligation d'établir qu'un verdict est déraisonnable pour cause d'incompatibilité. Dans chaque cas, il faut se demander si les verdicts sont à ce point inconciliables qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve. En l'espèce, il existe un motif rationnel

The Crown's case against the accused was stronger than its cases against his co-accused: while the complainant's evidence about the involvement of the co-accused was vague or uncertain in several respects and was inconsistent with her initial statement to the police, she clearly described the accused as playing a dominant role in the incident and her evidence about his involvement was much more detailed and consistent. There were also two pieces of evidence which directly implicated the accused and not the others. Where, as here, the evidence against an accused is significantly stronger, there is no unfairness resulting from the fact that the case against him was proven beyond a reasonable doubt, but that the cases against his co-accused were not so made out. [6-7] [10-11] [13]

Cases Cited

Approved: *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; **disapproved:** *R. v. Wile* (1990), 58 C.C.C. (3d) 85; **referred to:** *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *R. v. Tillekaratna* (1998), 124 C.C.C. (3d) 549; *R. v. Bergeron* (1998), 132 C.C.C. (3d) 45; *R. v. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(*a*)(i), (2), 691(1)(*a*), 695(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Borins and Armstrong JJ.A.) (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, 199 O.A.C. 113, [2005] O.J. No. 2672 (QL), affirming the accused's conviction. Appeal dismissed.

James Lockyer, for the appellant.

Leslie Paine, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

1 The appellant Roopnarine Pittiman was jointly charged with two co-accused of sexually assaulting a 14-year-old complainant. Following a trial by judge and jury, the appellant was convicted of the offence and the co-accused were acquitted. Among

de concilier les différents verdicts. La preuve à charge qui pesait contre l'accusé était plus convaincante que celle qui pesait contre ses coaccusés : certes le témoignage de la plaignante concernant la participation des coaccusés était vague et incertain à maints égards et ne concordait pas avec la première déclaration qu'elle avait faite aux policiers, mais elle a clairement précisé que l'accusé avait joué un rôle dominant dans cette affaire, et son témoignage concernant la participation de ce dernier était beaucoup plus détaillé et cohérent. Deux éléments de preuve mettaient aussi directement en cause l'accusé et non les autres. Lorsque, comme en l'espèce, la preuve qui pèse contre un accusé est plus convaincante, il n'y a rien d'inéquitable dans le fait qu'il y ait eu preuve hors de tout doute raisonnable dans son cas, mais non dans celui de ses coaccusés. [6-7] [10-11] [13]

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; **arrêt critiqué :** *R. c. Wile* (1990), 58 C.C.C. (3d) 85; **arrêts mentionnés :** *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562; *R. c. Tillekaratna* (1998), 124 C.C.C. (3d) 549; *R. c. Bergeron* (1998), 132 C.C.C. (3d) 45; *R. c. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*a*)(i), (2), 691(1)*a*), 695(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Borins et Armstrong) (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, 199 O.A.C. 113, [2005] O.J. No. 2672 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté.

James Lockyer, pour l'appelant.

Leslie Paine, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

L'appelant Roopnarine Pittiman et deux coaccusés ont été inculpés conjointement d'agression sexuelle d'une plaignante de 14 ans. À l'issue d'un procès devant un juge et un jury, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction alors que les

other grounds, the appellant appealed his conviction on the basis that the verdicts were inconsistent and, consequently, that the jury's verdict finding him guilty was unreasonable. The majority of the Court of Appeal for Ontario held that the greater strength of the case against the appellant provides a rational basis on which the jury could come to the conclusion that he should be found guilty and the co-accused not guilty. His appeal was therefore dismissed and his conviction affirmed ((2005), 198 C.C.C. (3d) 308). Borins J.A., writing in dissent, would have set the conviction aside and entered an acquittal on the basis that the verdict of guilt was so at odds with the jury's verdicts of acquittal in respect of the co-accused that no reasonable jury who understood the evidence could have properly arrived at that verdict. The appellant comes to this Court as of right under s. 691(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the sole question of whether the jury's verdict finding him guilty of sexual assault was unreasonable. I agree with the conclusion reached by the majority of the Court of Appeal and, consequently, would dismiss the appeal.

coaccusés ont été acquittés. Il a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir notamment que les verdicts étaient incompatibles et que, par conséquent, le verdict du jury le déclarant coupable était déraisonnable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont statué qu'en raison de la plus grande valeur probante de la preuve qui pesait contre l'appelant le jury pouvait logiquement conclure qu'il y avait lieu de le déclarer coupable et de déclarer les coaccusés non coupables. Son appel a donc été rejeté et sa déclaration de culpabilité, confirmée ((2005), 198 C.C.C. (3d) 308). Le juge Borins, dissident, aurait annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement pour le motif que le verdict de culpabilité était si incompatible avec l'acquittement des coaccusés par le jury qu'aucun jury raisonnable, ayant compris la preuve, n'aurait pu à juste titre le prononcer. Le pourvoi de l'appelant devant notre Cour est formé de plein droit en application de l'al. 691(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et il porte uniquement sur la question de savoir si le verdict de culpabilité d'agression sexuelle que le jury a prononcé à son égard était déraisonnable. Je souscris à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Facts

On May 27, 2000, the complainant visited her aunt. Sometime before 7:00 p.m., she went to a nearby convenience store to buy some candy. On her way, she met the appellant, his brother Ryan Pittiman, and their friends, Beswick Goffe and Maheshwar Inderjeet. The four men invited her into the basement of the Pittiman house. She went willingly. She sat in the basement on a couch with the appellant and Ryan on either side of her. Goffe was behind her, and Inderjeet sat on another couch watching television. Goffe began "making squiggles" on her back. The complainant said that this did not bother her. Ryan asked her to go into the bathroom with him, and do "a favour for a favour", which she knew meant mutual oral sex. She refused and said that she had to leave, but they kept asking her to stay for another "five minutes", and pushed her on her shoulders whenever she tried to stand up. She could not remember who was pushing her. The

2. Les faits

Le 27 mai 2000, la plaignante a visité sa tante. Un peu avant 19 h, elle s'est rendue à un dépanneur avoisinant pour y acheter des friandises. Chemin faisant, elle a rencontré l'appelant, son frère Ryan Pittiman ainsi que leurs amis Beswick Goffe et Maheshwar Inderjeet. Les quatre hommes l'ont invitée au sous-sol de la demeure des Pittiman. Elle s'y est rendue de son plein gré. Au sous-sol, elle s'est assise sur un sofa, entre l'appelant et Ryan. Goffe se trouvait derrière elle, et Inderjeet regardait la télévision assis sur un autre sofa. Goffe a commencé à lui [TRADUCTION] « faire des gribouillis » dans le dos. La plaignante a dit que cela ne l'avait pas dérangée. Ryan lui a demandé de l'accompagner aux toilettes pour qu'ils se rendent un [TRADUCTION] « service mutuel », ce qu'elle savait être des rapports sexuels oraux. Elle a refusé et a affirmé devoir quitter, mais ils ont insisté pour qu'elle reste encore [TRADUCTION] « cinq minutes », la repoussant par 2

appellant asked the complainant if she was ticklish and began to tickle her. He then began touching her legs and her thighs and attempting to undo her belt. She kept pushing his hand away. The appellant eventually succeeded in removing her belt and put his hands into her pants, inserting his fingers inside her vagina. The appellant was the only accused who the complainant specifically identified as having sexually assaulted her in the living room although she testified at times that "they" were touching her.

3 Eventually, the appellant and Ryan led the complainant into a bedroom, pushed her on the bed and took her clothes off. The appellant had forcible intercourse with her while Ryan held her wrists. Ryan tried to put his penis in her mouth, but she turned her head away and pressed it into a pillow. The appellant finished and left the room. Ryan then did something to her but her mind has since blanked out whatever it was. Then Goffe came in, lifted her up and had forcible intercourse with her causing her a great deal of pain. The complainant was unclear in her testimony on Inderjeet's participation in the events of the evening. When it was over, they gave her clothes back and she got dressed. She left and walked to her aunt's house.

4 On her return to her aunt's house at 10:00 p.m., the complainant told her aunt that four men had raped her. The family called the police. The complainant was taken to the hospital. The appellant's saliva was found mixed with her saliva on the inside of her bra. The four men were arrested and charged. Inderjeet, in the first three statements he gave to the police, denied being at the scene. Later, Inderjeet gave a statement admitting his presence and supporting the complainant's version of events. After Inderjeet admitted his presence, the appellant accused Inderjeet of "ratting him out". The confrontation was witnessed by two of Inderjeet's friends who provided statements and testified at

les épaules chaque fois qu'elle tentait de se lever. Elle a été incapable de se rappeler qui la poussait. L'appelant a demandé à la plaignante si elle était chatouilleuse et il a commencé à la chatouiller. Il a ensuite commencé à lui toucher les jambes et les cuisses avant de tenter de défaire sa ceinture. Elle a continué de lui repousser la main. L'appelant est finalement parvenu à défaire la ceinture de la plaignante et il a mis ses mains dans son pantalon et a inséré ses doigts dans son vagin. L'appelant est le seul accusé que l'appelante a désigné expressément comme l'ayant agressée sexuellement dans le salon, bien que, dans son témoignage, elle ait parfois dit qu'[TRADUCTION] « ils » la touchaient.

Par la suite, l'appelant et Ryan ont conduit la plaignante à une chambre à coucher, l'ont jetée sur le lit et lui ont enlevé ses vêtements. L'appelant l'a pénétrée de force alors que Ryan lui tenait les poignets. Ryan a tenté de lui insérer le pénis dans la bouche, mais elle a détourné la tête en la pressant contre l'oreiller. Après avoir posé ces gestes, l'appelant a quitté la pièce. Ryan a alors fait subir à la plaignante quelque chose qu'elle a complètement effacé de sa mémoire depuis. Est ensuite apparu Goffe, qui l'a soulevée et l'a pénétrée de force en lui causant une vive douleur. Dans son témoignage, la plaignante n'a pas indiqué clairement quelle avait été la participation d'Inderjeet aux faits survenus le soir en question. Quand tout fût terminé, ils lui ont rendu ses vêtements et elle s'est rhabillée. Elle a quitté les lieux et s'est rendue à pied chez sa tante.

De retour chez sa tante à 22 h, la plaignante lui a dit que quatre hommes l'avaient violée. La famille a appelé la police. La plaignante a été transportée à l'hôpital. On a découvert, à l'intérieur de son soutien-gorge, de la salive de l'appelant mélangée à la sienne. Les quatre hommes ont été arrêtés et inculpés. Dans ses trois premières déclarations à la police, Inderjeet a nié s'être trouvé sur les lieux du crime. Plus tard, il a fait une déclaration dans laquelle il a reconnu avoir été présent et a confirmé la version des faits de la plaignante. Après qu'Inderjeet eut reconnu avoir été présent sur les lieux, l'appelant l'a accusé de l'avoir [TRADUCTION] « mouchardé ». Cette confrontation a eu lieu en

trial. Inderjeet's charge was withdrawn after he testified against the other three at the preliminary hearing. Inderjeet also testified for the Crown at trial. The three accused did not testify.

It was emphasized during the cross-examination of the complainant that, although she told the police about the appellant's conduct in detail in her initial statement, she did not mention Ryan's attempted fellatio. The first mention of it was at the preliminary inquiry. In addition, although the complainant recalled the appellant finishing the assault and leaving the room, she was uncertain what Ryan did after the appellant left and testified that her mind was "blank" when she tried to think about it. She said that she clearly remembered Goffe's assault on her because it had caused her the most pain. However, as with Ryan's attempted fellatio, she had made no mention of Goffe having penetrated her in her initial statement to the police.

3. Analysis

A court of appeal's power to set aside a verdict of guilt on the ground that it is inconsistent is found under s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code* which provides that the court "may allow the appeal where it is of the opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". This Court has the power to make the same order under s. 695(1). Hence, before an appellate court may interfere with a verdict on the ground that it is inconsistent, the court must find that the verdict is *unreasonable*. The appellant bears the onus to show that no reasonable jury whose members had applied their minds to the evidence could have arrived at that conclusion: *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.).

présence de deux amis d'Inderjeet qui ont fait des déclarations et témoigné au procès. L'accusation portée contre Inderjeet a été retirée après qu'il eut témoigné contre les trois autres accusés à l'enquête préliminaire. Inderjeet a également servi de témoin à charge au procès. Les trois accusés n'ont pas témoigné.

5 Pendant le contre-interrogatoire de la plaignante, on a souligné que, bien qu'elle ait relaté en détail la conduite de l'appelant dans sa première déclaration aux policiers, celle-ci n'avait pas mentionné la tentative de Ryan de la forcer à lui faire une fellation. Il n'en a été question, pour la première fois, qu'au cours de l'enquête préliminaire. De plus, même si elle se souvenait que l'appelant avait quitté la pièce après avoir terminé l'agression, la plaignante a été incapable de dire avec certitude ce que Ryan avait fait ensuite et elle a témoigné qu'elle avait un [TRADUCTION] « trou de mémoire » quand elle tentait de se rappeler ce qui s'était passé. Elle a dit se souvenir clairement de l'agression qu'elle avait subie de la part de Goffe parce que c'était ce qui lui avait causé le plus de douleur. Cependant, comme pour la tentative de Ryan de la forcer à lui faire une fellation, elle n'avait pas mentionné, dans sa première déclaration aux policiers, que Goffe l'avait pénétrée.

3. Analyse

6 Une cour d'appel est habilitée à rejeter un verdict de culpabilité pour cause d'incompatibilité en vertu du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, qui prévoit que la cour « peut admettre l'appel, si elle est d'avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». Notre Cour a le même pouvoir en vertu du par. 695(1). Ainsi, pour qu'une cour d'appel puisse modifier un verdict pour cause d'incompatibilité, elle doit préalablement conclure qu'il est *déraisonnable*. Il incombe à l'appelant de démontrer qu'aucun jury raisonnable dont les membres auraient étudié la preuve n'aurait pu arriver à cette conclusion : *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.).

7 The onus of establishing that a verdict is unreasonable on the basis of inconsistency with other verdicts is a difficult one to meet because the jury, as the sole judge of the facts, has a very wide latitude in its assessment of the evidence. The jury is entitled to accept or reject some, all or none of any witness's testimony. Indeed, individual members of the jury need not take the same view of the evidence so long as the ultimate verdict is unanimous. Similarly, the jury is not bound by the theories advanced by either the Crown or the defence. The question is whether the verdicts are supportable on any theory of the evidence consistent with the legal instructions given by the trial judge. Martin J.A. aptly described the nature of the inquiry in *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56, as follows:

> Where on any realistic view of the evidence, the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis the illogicality of the verdict tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable compromise. We would, on the ground that the verdict is unreasonable alone, allow the appeal, set aside the verdict, and direct an acquittal to be entered.

8 The search for a rational or logical basis for the verdicts does not mean that where a narrative of the events is not readily apparent from the jury's findings that the impugned verdict must necessarily be set aside as unreasonable. The jury's task is not to reconstruct what happened. Rather, it is to determine whether the Crown has proven each and every element of the offence beyond a reasonable doubt. Therefore, in the case of a single accused charged with multiple offences, different verdicts may be reconcilable on the basis that the offences are temporally distinct, or are qualitatively different, or dependent on the credibility of different complainants or witnesses. The strength of the evidence relating to each count may not be the same, leaving the jury with a reasonable doubt on one count but not on the other. On the other hand, when the evidence on one count is so wound up with the evidence on the other that it is not logically separable, inconsistent verdicts may be held

Il est difficile de s'acquitter de l'obligation d'établir qu'un verdict est déraisonnable pour cause d'incompatibilité avec d'autres verdicts étant donné que, à titre de seul juge des faits, le jury dispose d'une très grande latitude pour apprécier la preuve. Le jury peut accepter ou rejeter tous les témoignages ou une partie de ceux-ci. En fait, il n'est pas nécessaire que les membres du jury aient tous la même perception de la preuve, pourvu que le verdict qu'ils prononcent en fin de compte soit unanime. De même, le jury n'est pas lié par les thèses du ministère public ou de la défense. La question est de savoir si les verdicts peuvent s'appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives juridiques données par le juge du procès. Le juge Martin a décrit avec justesse la nature de l'examen dans l'arrêt *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56 :

> [TRADUCTION] Si, après un examen réaliste de la preuve, les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, l'illogisme du verdict tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable. Du seul fait que le verdict est déraisonnable, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement.

La recherche d'un motif rationnel ou logique justifiant les verdicts ne signifie pas qu'il faut nécessairement annuler pour cause de déraisonnabilité le verdict contesté, si un récit des faits n'est pas facilement décelable dans les conclusions du jury. Il n'appartient pas au jury de reconstituer les faits. Il doit plutôt décider si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable chaque élément de l'infraction. Il se peut donc que, dans le cas d'un accusé inculpé de plusieurs infractions, différents verdicts soient conciliables parce que les infractions n'ont pas été commises en même temps ou parce qu'elles diffèrent sur le plan qualitatif ou dépendent de la crédibilité de divers plaignants ou témoins. La force probante de la preuve peut varier d'un chef d'accusation à l'autre, de sorte qu'il peut subsister dans l'esprit du jury un doute raisonnable quant à un chef, mais non quant à l'autre chef. Par contre, lorsque la preuve relative à un chef est si inextricablement liée à celle concernant un autre

to be unreasonable: e.g., see *R. v. Tillekaratna* (1998), 124 C.C.C. (3d) 549 (Ont. C.A.).

The reasonableness of a verdict in the case of multiple accused charged with the same offence will require a consideration of much the same factors. For example, the jury may accept the complainant's testimony as credible in respect of one accused, but reject the complaint against another. The overall strength of the evidence relating to each accused may not be the same, leaving the jury with a reasonable doubt on the guilt of one, but not of the other. Of necessity, the case of multiple accused will also raise different considerations. For example, when considering a single accused who is charged with multiple offences, there is little to be gained by asking whether the evidence is the same. The evidence, by definition, will be different for each offence. Conversely, whether the evidence is the same will be the primary focus when considering inconsistent verdicts as between multiple accused charged with the same offence.

As a practical matter, it will often prove to be more difficult for an appellant to meet the test in the case of multiple accused charged with the same offence, not because the test is different, but because there is often a wider scope for differing verdicts in the case of multiple accused. However, to say, as the Court of Appeal for Ontario did in *R. v. Wile* (1990), 58 C.C.C. (3d) 85, and as Weiler J.A. did in her majority reasons in this case (at para. 17), that it is not possible to characterize inconsistent verdicts against co-accused as unreasonable unless the evidence against both is "identical", overstates the practical difficulty in meeting the onus and, consequently, is inaccurate. The test remains the same in each case: Are the verdicts irreconcilable such that no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence?

chef qu'il est logiquement impossible de les dissocier l'une de l'autre, des verdicts incompatibles peuvent être jugés déraisonnables : voir, p. ex., l'arrêt *R. c. Tillekaratna* (1998), 124 C.C.C. (3d) 549 (C.A. Ont.).

9 Pour se prononcer sur le caractère raisonnable d'un verdict dans le cas où plusieurs accusés sont inculpés de la même infraction, il faut examiner à peu près les mêmes facteurs. Par exemple, le jury peut décider que le témoignage de la plaignante est crédible à l'égard d'un accusé, tout en rejetant la plainte portée contre un autre accusé. La force probante globale de la preuve peut varier d'un accusé à l'autre, de sorte qu'il peut subsister dans l'esprit du jury un doute raisonnable quant à la culpabilité d'un accusé, mais non quant à celle de l'autre accusé. De plus, des considérations différentes entrent nécessairement en jeu lorsqu'il y a plusieurs accusés. Par exemple, dans le cas d'un seul accusé inculpé de plusieurs infractions, il n'est guère utile de se demander si la preuve est la même. Par définition, la preuve est différente pour chaque infraction. À l'inverse, la question de savoir si la preuve est la même s'avère cruciale dans le cas où des verdicts incompatibles ont été prononcés à l'égard de plusieurs accusés inculpés de la même infraction.

10 En pratique, un appelant aura beaucoup plus de difficulté à satisfaire au critère dans le cas de plusieurs accusés inculpés de la même infraction, non pas parce que le critère est différent, mais parce que la possibilité que des verdicts divergents soient prononcés est alors souvent plus grande. Toutefois, affirmer, comme l'ont fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Wile* (1990), 58 C.C.C. (3d) 85, et la juge Weiler au par. 17 de ses motifs majoritaires en l'espèce, qu'il n'est pas possible de qualifier de déraisonnables des verdicts incompatibles prononcés à l'égard de coaccusés, sauf si la preuve qui pèse contre eux est [TRADUCTION] « identique », revient à exagérer la difficulté pratique de remplir cette obligation et est donc inexact. Le critère demeure le même dans chaque cas : les verdicts sont-ils à ce point inconciliables qu'aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve?

11 Nonetheless, I agree with the majority of the Court of Appeal's assessment of the evidence in this case. There is a rational basis for reconciling the different verdicts. The Crown's case against the appellant was stronger than against his co-accused in several respects. As noted by Weiler J.A. (at paras. 22 and 30), there were two pieces of evidence which directly implicated the appellant and not the others — the presence of the appellant's DNA on the inside of the complainant's bra and his post-offence statement to Inderjeet that he had "ratt[ed] him out" to the police. More significantly, the complainant's evidence about the co-accused's involvement was vague or uncertain in several areas and was inconsistent with her initial statement to the police. By contrast, the complainant clearly described the appellant as playing a dominant role in the incident, and her evidence about his involvement was much more detailed and consistent. While counsel for the Crown at trial took the position that this was an "all or nothing" case, the jury was not bound to accept his theory. On this point, they were correctly instructed by the trial judge to consider the evidence and arrive at a verdict separately in regard to each accused.

Je souscris néanmoins à l'appréciation que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont faite de la preuve en l'espèce. Il existe un motif rationnel de concilier les différents verdicts. La preuve à charge qui pesait contre l'appelant était, à bien des égards, plus convaincante que celle qui pesait contre ses coaccusés. Comme l'a souligné la juge Weiler (par. 22 et 30), deux éléments de preuve mettaient directement en cause l'appelant et non les autres — la présence de l'ADN de l'appelant à l'intérieur du soutien-gorge de la plaignante et la déclaration postérieure à l'infraction qu'il avait faite à Inderjeet, dans laquelle il accusait ce dernier de l'avoir [TRADUCTION] « mouchardé » à la police. Qui plus est, le témoignage de la plaignante concernant la participation des coaccusés était vague et incertain à maints égards et ne concordait pas avec la première déclaration qu'elle avait faite aux policiers. Par contre, la plaignante a clairement précisé que l'appelant avait joué un rôle dominant dans cette affaire, et son témoignage concernant la participation de ce dernier était beaucoup plus détaillé et cohérent. Bien qu'au procès l'avocat du ministère public ait considéré que c'était la méthode du [TRADUCTION] « tout ou rien » qui devait s'appliquer en l'espèce, le jury n'avait pas à souscrire à sa thèse. À ce propos, la juge du procès a donné des directives correctes en demandant au jury d'examiner la preuve et de prononcer un verdict distinct pour chaque accusé.

12 With respect, it is my view that Borins J.A., in dissent, erred in his assessment of the reasonableness of the verdict. First, he misapprehended the evidence in significant respects. He was under the impression that "each of the [accused] sexually touched and fondled" the complainant in the living room and that her testimony "was common to all of the [accused] and implicated them in both episodes" (para. 81). These observations do not accord with the evidence. The complainant never implicated Goffe in any sexual assault in the living room and Ryan only indirectly by imprecise references to "they" when describing part of the events. Indeed, the jury asked to review the complainant's testimony regarding Ryan's behaviour towards her on the couch and, after reciting the relevant evidence,

J'estime, en toute déférence, que le juge Borins, dissident, a commis une erreur en appréciant le caractère raisonnable du verdict. Premièrement, il a mal compris la preuve à d'importants égards. Il avait l'impression que [TRADUCTION] « tous les [accusés] [s'étaient] livrés à des attouchements sexuels et à des caresses » sur la plaignante dans le salon et que le témoignage de cette dernière « visait tous les [accusés] et les mettaient tous en cause dans les deux épisodes » (par. 81). Ces observations ne concordent pas avec la preuve. La plaignante n'a jamais laissé entendre que Goffe avait participé à quelque agression sexuelle que ce soit dans le salon, et elle ne l'a fait qu'indirectement en ce qui concerne Ryan en parlant vaguement de [TRADUCTION] « ils » dans sa description

the trial judge instructed the jury that it would be up to them to draw whatever inference was appropriate from the complainant's references to "they" in her testimony about the events in the living room. Similarly, Borins J.A. appeared to be under the impression that each accused was alleged to have had sexual intercourse with the complainant in the bedroom. While this is accurate in respect of the appellant and Goffe, it is not with respect to Ryan. Rather, the complainant alleged that Ryan had made an unsuccessful attempt to commit fellatio. (The jury was not instructed that the attempted fellatio could constitute sexual assault.) Further, Borins J.A. saw nothing in the cross-examination of the complainant to explain the jury's rejection of her evidence implicating the two co-accused, making no reference to the fact that the complainant had made inconsistent statements about them.

d'une partie des faits. En réalité, le jury a demandé à examiner le témoignage de la plaignante concernant le comportement que Ryan avait adopté à son égard sur le sofa et, après avoir exposé la preuve pertinente, la juge du procès a dit au jury qu'il lui appartiendrait de décider ce qu'il conviendrait d'inférer des « ils » que la plaignante avait utilisés dans son témoignage concernant les faits survenus dans le salon. De même, le juge Borins a paru avoir l'impression que l'on alléguait que chaque accusé avait eu des relations sexuelles avec la plaignante dans la chambre à coucher. Bien que ce soit vrai dans le cas de l'appelant et de Goffe, la situation est différente en ce qui concerne Ryan. La plaignante a plutôt allégué que Ryan avait tenté sans succès de la forcer à lui faire une fellation. (Le jury n'a reçu aucune directive selon laquelle cette tentative pouvait constituer une agression sexuelle.) De plus, le juge Borins n'a trouvé, dans le contre-interrogatoire de la plaignante, aucune explication du rejet par le jury de son témoignage impliquant les deux coaccusés, et il n'a pas mentionné que la plaignante avait fait des déclarations contradictoires à leur sujet.

Second, it is my respectful view that Borins J.A. erred in stating that "the focus in an inconsistent verdict case is the aberrant verdict, which in this case is the acquittal of the co-accused" (para. 99). While he recognized that there was additional supporting evidence against the appellant, he was of the view that this additional evidence did not explain the acquittal of the co-accused and did not address "the fairness issue" (para. 99). He described the latter as the unfairness resulting from the fact that the jury convicted the appellant "relying on the same evidence that it necessarily considered when it acquitted the co-accused" (para. 99). While an appellate court inevitably compares the basis for acquittals as well as convictions in assessing inconsistent verdicts, the decisive question is not whether the acquittals are reasonable, but whether the conviction was not: *R. v. Bergeron* (1998), 132 C.C.C. (3d) 45 (Que. C.A.), *per* Fish J.A., as he then was. Where, as here, the evidence against the appellant is significantly stronger, there is no unfairness resulting from the fact that the

13 Deuxièmement, j'estime que le juge Borins a commis une erreur en affirmant que, [TRADUCTION] « dans un verdict incompatible, l'attention doit porter sur le verdict aberrant, qui, en l'espèce, est l'acquittement des coaccusés » (par. 99). Tout en reconnaissant que des éléments de preuve additionnels pesaient contre l'appelant, il a estimé que ceux-ci n'expliquaient pas l'acquittement des coaccusés et ne réglaient pas le [TRADUCTION] « problème d'équité » (par. 99). Il a décrit ce problème comme étant l'iniquité résultant du fait que le jury a conclu à la culpabilité de l'appelant [TRADUCTION] « en se fondant sur la même preuve que celle qu'il a nécessairement prise en considération pour acquitter les coaccusés » (par. 99). Bien qu'une cour d'appel compare inévitablement le fondement des acquittements et des déclarations de culpabilité lorsqu'elle évalue des verdicts incompatibles, la question déterminante est de savoir non pas si les acquittements sont raisonnables, mais si la déclaration de culpabilité est déraisonnable : *R. c. Bergeron* (1998), 132 C.C.C.

case was proven beyond a reasonable doubt against him, but not against the co-accused.

14 I would add that, in focussing on the acquittals of the co-accused and what he described as "the fairness issue", Borins J.A. erred further in concluding that the appellant should also be acquitted without considering whether such an order would be appropriate in the circumstances. Section 686(2) of the *Criminal Code* provides that where a court of appeal allows an appeal from conviction, it may direct an acquittal or order a new trial. Where a conviction is set aside on the ground that the verdict is unsupported by the evidence, the court of appeal, absent legal errors in respect of the admissibility of evidence, will usually enter an acquittal. As noted by Doherty J.A. in *R. v. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52 (Ont. C.A.), at para. 30, "[a]n acquittal is the appropriate order because it would be unfair to order a new trial and give the Crown a second opportunity to present a case on which a reasonable trier of fact could convict." However, where the verdict is found to be unreasonable on the basis of inconsistency of verdicts, but the evidence against the appellant supported the conviction, the appropriate remedy will usually be a new trial.

15 In this case, the different verdicts are not inconsistent with each other. They can be reconciled on the basis of the strength of the evidence as against each accused. Consequently, the jury's verdict finding the appellant guilty of sexual assault is not unreasonable.

4. Disposition

16 For these reasons, I would dismiss the appeal.

(3d) 45 (C.A. Qué.), le juge Fish, maintenant juge de notre Cour. Lorsque, comme en l'espèce, la preuve qui pèse contre l'appelant est plus convaincante, il n'y a rien d'inéquitable dans le fait qu'il y ait eu preuve hors de tout doute raisonnable dans son cas, mais non dans celui des coaccusés.

J'ajouterais qu'en mettant l'accent sur l'acquittement des coaccusés et sur ce qu'il a appelé le « problème d'équité », le juge Borins a commis une autre erreur en concluant qu'il fallait également acquitter l'appelant sans se demander s'il convenait de le faire dans les circonstances. Le paragraphe 686(2) du *Code criminel* prévoit que, lorsqu'une cour d'appel admet l'appel d'une déclaration de culpabilité, elle peut ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement ou la tenue d'un nouveau procès. Lorsqu'une déclaration de culpabilité est annulée pour le motif que le verdict ne s'appuie pas sur la preuve, la cour d'appel inscrit habituellement un verdict d'acquittement en l'absence d'erreur de droit quant à l'admissibilité de la preuve. Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Ont.), par. 30, [TRADUCTION] « [i]l convient d'ordonner un acquittement parce qu'il serait injuste d'ordonner un nouveau procès et de donner au ministère public une deuxième possibilité de présenter une preuve qui permettrait à un juge des faits raisonnable de prononcer un verdict de culpabilité. » Cependant, lorsque le verdict est jugé déraisonnable pour cause d'incompatibilité des verdicts, mais que la preuve pesant contre l'appelant étaye la déclaration de culpabilité, il convient habituellement d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

En l'espèce, les différents verdicts ne sont pas incompatibles entre eux. Ils sont conciliables en raison de la force probante de la preuve qui pesait respectivement contre chacun des accusés. Par conséquent, le verdict de culpabilité d'agression sexuelle que le jury a prononcé à l'égard de l'appelant n'est pas déraisonnable.

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Lavigne *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LAVIGNE

Neutral citation: 2006 SCC 10.

File No.: 30508.

2005: December 8; 2006: March 30.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Proceeds of crime — Forfeiture — Fine instead of order of forfeiture of property that proceeds of crime — Whether ability of accused to pay factor that court may consider in deciding to impose fine instead of forfeiture or in determining amount of fine — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

The accused pleaded guilty on a count of conspiring to produce and traffic in cannabis, possess cannabis for the purpose of trafficking and possess property derived from trafficking in cannabis, and on another count of committing indictable offences for the benefit of a criminal organization. The sentence imposed for an offence under Part XII.2 of the *Criminal Code* on proceeds of crime consists of two elements: the penalty for committing a designated offence, and forfeiture of any property that is proceeds of crime; where forfeiture is not practicable, the court "may" impose a "fine in an amount equal to the value of that property" instead of making a forfeiture order (s. 462.37(3)). The trial judge sentenced the accused to imprisonment for 19 months for the offences he had committed. Regarding the fine instead of a forfeiture order, he found that the accused had received at least $150,000 from the crimes in question but that he was no longer in possession of that amount, as he had squandered a large part of it. Taking the ability of the accused to pay into consideration, the judge found that a $20,000 fine was justified. The prosecution appealed in respect of the amount of the fine. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Lavigne *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* LAVIGNE

Référence neutre : 2006 CSC 10.

N° du greffe : 30508.

2005 : 8 décembre; 2006 : 30 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Produits de la criminalité — Confiscation — Amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité — La capacité de payer d'un accusé est-elle un facteur dont le tribunal peut tenir compte lorsqu'il décide d'infliger l'amende de remplacement ou lorsqu'il en fixe le montant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

L'accusé plaide coupable à un chef de complot pour production de cannabis, trafic de cannabis, possession de cannabis en vue d'en faire le trafic et possession de biens provenant du trafic de cannabis et à un autre chef de commission d'actes criminels au profit d'une organisation criminelle. La peine infligée pour une infraction visée par la partie XII.2 du *Code criminel* concernant les produits de la criminalité comporte deux volets : la sanction liée à la commission de l'infraction désignée et la confiscation des biens qui constituent des produits de la criminalité; lorsque la confiscation n'est pas praticable, le tribunal « peut » substituer à l'ordonnance de confiscation une « amende égale à la valeur du bien » (par. 462.37(3)). Le juge du procès condamne l'accusé à une peine de 19 mois d'emprisonnement pour les infractions commises. En ce qui concerne l'amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation, il conclut que l'accusé a tiré au moins 150 000 $ des crimes reprochés mais qu'il n'a plus cette somme en sa possession puisqu'il en a dilapidé une bonne partie. Prenant en considération la capacité de payer de l'accusé, le juge estime qu'une amende de 20 000 $ est justifiée. La poursuite se pourvoit contre le montant de l'amende. La Cour d'appel rejette l'appel.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge should have imposed a fine of $150,000. In imposing a fine instead of forfeiture, a court has a discretion that is limited both by the words of s. 462.37(3) and by its context. The clear words of s. 462.37(3) provide that the fine is "equal to the value of [the] property". For the substitution to be genuine, the amount of the fine must be equal to the value of the property being replaced. The court's discretion applies both to the decision whether or not to impose a fine and to the determination of the value of the property. It must be exercised in light of the evidence, and once this process has been completed, the court may not take the offender's ability to pay into consideration as a basis for deciding either to impose no fine or to reduce the amount of the fine. The provisions relating to proceeds of crime are specific rules that partially preclude the application of the general rules on sentencing. Taking the ability of the accused to pay into consideration is not compatible with the objectives of these specific provisions, which are intended to deprive the offender and the criminal organization of the proceeds of their crime and to deter them from committing crimes in the future. The effect of the word "may" in s. 462.37(3) cannot therefore be to grant the court a broad discretion, having regard to the objectives of the provision, the nature of the order and the circumstances in which the order is made. [16] [27] [35] [44] [51-52]

An analysis of the broader context of the rules on sentencing, and in particular of s. 734(2) of the *Criminal Code*, also supports an interpretation of s. 462.37(3) that precludes consideration of the offender's ability to pay. To read s. 734(2) narrowly and to find that the court is neither required to take ability to pay into consideration nor prevented from doing so disregards both the words of s. 462.37(3) and the comments made at the time of the amendment of s. 734(2), which clearly preclude consideration of the ability to pay. [38] [42] [44]

Since the time allowed for paying the fine and the conditions applicable to the issuance of a warrant of committal are not addressed in Part XII.2 of the *Code*, the common law principles and the general sentencing provisions apply on a suppletive basis. Thus, the ability to pay is a factor that may be taken into consideration at the stage of determination of the time limit for payment. In addition, when the time allowed for payment of the fine instead of forfeiture has expired, the court may not issue a warrant of committal unless it is

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Le juge du procès aurait dû fixer le montant de l'amende à 150 000 $. Lorsqu'il inflige une amende qui tient lieu de confiscation, le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité tant par le texte du par. 462.37(3) que par le contexte. Le texte clair du par. 462.37(3) prévoit que l'amende est « égale à la valeur du bien ». Pour qu'il s'agisse d'un véritable remplacement, le montant de l'amende doit être équivalent à la valeur du bien remplacé. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal s'applique et à la décision d'infliger ou non une amende et à la détermination de la valeur du bien. Ce processus doit s'appuyer sur la preuve et, lorsqu'il est complété, le tribunal ne peut pas prendre en considération la capacité de payer du contrevenant pour ne pas infliger l'amende ou pour en diminuer le montant. Les dispositions sur les produits de la criminalité constituent des règles particulières qui écartent partiellement les règles générales concernant la détermination de la peine. La prise en considération de la capacité de payer de l'accusé n'est pas compatible avec les objectifs de ces dispositions particulières qui visent à priver le contrevenant et l'organisation criminelle des produits de leur crime et à les dissuader de perpétrer d'autres infractions. Le mot « peut » au par. 462.37(3) ne saurait donc avoir pour effet de conférer un large pouvoir discrétionnaire au tribunal compte tenu des objectifs de la disposition, de la nature de l'ordonnance et des circonstances dans lesquelles celle-ci doit être rendue. [16] [27] [35] [44] [51-52]

L'analyse du contexte plus global des règles régissant la détermination de la peine, en particulier le par. 734(2) du *Code criminel*, appuie également l'interprétation du par. 462.37(3) qui exclut la prise en considération de la capacité de payer du contrevenant. Le fait d'interpréter étroitement le par. 734(2) et de juger que le tribunal n'est pas tenu de prendre en considération la capacité de payer, mais qu'il n'en est par ailleurs pas empêché par la disposition, ne tient compte ni du texte du par. 462.37(3) ni des commentaires formulés lors de la modification du par. 734(2), qui écartent clairement le critère de la capacité de payer. [38] [42] [44]

Puisque le délai de paiement de l'amende et les conditions assortissant la délivrance du mandat d'incarcération ne sont pas des questions traitées à la partie XII.2 du *Code*, les principes de common law et les dispositions générales régissant la détermination de la peine s'appliquent à titre supplétif. Ainsi, la capacité de payer est un facteur qui peut être pris en considération à l'étape de la détermination du délai de paiement. De plus, lorsque le délai imparti pour payer l'amende de remplacement est expiré, le tribunal ne peut

satisfied that the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine. Failure to pay because of poverty cannot be equated to refusal to pay. [45] [47]

Cases Cited

Referred to: *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72; *R. v. Savard* (1998), 126 C.C.C. (3d) 562; *R. v. Neves* (2005), 202 C.C.C. (3d) 375, 2005 MBCA 112; *R. v. Garoufalis* (1998), 131 C.C.C. (3d) 242; *R. v. Geschwandtner* (2004), 241 Sask. R. 248, 2004 SKCA 15; *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. c. 42 (4th Supp.)], ss. 2 "property", Part XII.2, 462.3(1) "proceeds of crime", 462.31(1), (2), 462.32, 462.37, 465, 467.12, 734(2) [am. 1995, c. 22, s. 6; am. 1999, c. 5, s. 33(1)], 734.7(1)(*b*), 787.

Treaties and Other International Instruments

Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Can. T.S. 1990 No. 42.

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998, p. 9840.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 5, 1987, p. 1:8.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., June 1, 1988, p. 9:27.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

German, Peter Maurice. *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2005, rel. 3).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Proulx and Rochon JJ.A.), [2004] R.J.Q. 1796, 23 C.R. (6th) 313, [2004] Q.J. No. 6963 (QL), affirming a decision of Marchand J.C.Q., [2003] Q.J. No. 14742 (QL), imposing a fine of $20,000 on the accused. Appeal allowed.

délivrer le mandat d'incarcération que s'il est convaincu que le contrevenant a, sans excuse raisonnable, refusé de payer l'amende. Le défaut de paiement pour cause d'indigence ne saurait être assimilé à un refus de payer. [45] [47]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72; *R. c. Savard*, [1998] A.Q. nº 1565 (QL); *R. c. Neves* (2005), 202 C.C.C. (3d) 375, 2005 MBCA 112; *R. c. Garoufalis* (1998), 131 C.C.C. (3d) 242; *R. c. Geschwandtner* (2004), 241 Sask. R. 248, 2004 SKCA 15; *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. ch. 42 (4e suppl.)], art. 2 « biens » ou « propriété », partie XII.2, 462.3(1) « produits de la criminalité », 462.31(1), (2), 462.32, 462.37, 465, 467.12, 734(2) [mod. 1995, ch. 22, art. 6; mod. 1999, ch. 5, art. 33(1)], 734.7(1)*b*), 787.

Traités et autres instruments internationaux

Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, R.T. Can. 1990 nº 42.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule nº 1, 2e sess., 33e lég., 5 novembre 1987, p. 1:8.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule nº 9, 2e sess., 33e lég., 1er juin 1988, p. 9:27.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 4 novembre 1998, p. 9840.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

German, Peter Maurice. *Proceeds of Crime : The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2005, rel. 3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Proulx et Rochon), [2004] R.J.Q. 1796, 23 C.R. (6th) 313, [2004] J.Q. nº 6963 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Marchand, [2003] J.Q. nº 14742 (QL), qui avait infligé une amende de 20 000 $ à l'accusé. Pourvoi accueilli.

Yvan Poulin and *Michel F. Denis*, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Lucie Joncas, as *amicus curiae*.

English version of the judgment of the Court delivered by

DESCHAMPS J. — The issue in this appeal can be stated as follows: is an offender's ability to pay a factor that a court may consider in deciding to impose a fine instead of ordering the forfeiture of property that is proceeds of crime (s. 462.37(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"))? For the reasons that follow, I am of the opinion that the discretion granted under that provision is limited and that ability to pay may not be taken into consideration either in the decision to impose the fine or in the determination of the amount of the fine.

1. Facts, Arguments and Judgments of the Court of Québec and the Court of Appeal

In the course of an investigation it undertook in 2001 in cooperation with a number of municipal police services, the Sûreté du Québec, Canadian and American customs officers and the United States Drug Enforcement Administration, the Royal Canadian Mounted Police identified a cannabis trafficking ring. On July 3, 2002, 26 individuals, including the respondent, were charged. The respondent pleaded guilty before a judge of the Court of Québec on a count of conspiring to produce and traffic in cannabis, possess cannabis for the purpose of trafficking and possess property derived from trafficking in cannabis (s. 465 *Cr. C.*), and on another count of committing indictable offences for the benefit of a criminal organization (s. 467.12 *Cr. C.*).

The prosecution suggested a sentence of imprisonment for six years less time served in pre-trial detention, and a fine instead of an order of forfeiture (s. 462.37(3) *Cr. C.*). It submitted that the

Yvan Poulin et *Michel F. Denis*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Lucie Joncas, en qualité d'*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — La question soulevée par le pourvoi peut être formulée ainsi : la capacité de payer d'un contrevenant est-elle un facteur dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d'infliger une amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité (par. 462.37(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »))? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire conféré par cette disposition est limité et que la capacité de payer ne peut être prise en considération ni dans la décision d'infliger l'amende, ni dans l'établissement du montant de celle-ci. 1

1. Faits, arguments et jugements de la Cour du Québec et de la Cour d'appel

Dans le cadre d'une enquête amorcée en 2001 et menée en collaboration avec plusieurs corps policiers municipaux, la Sûreté du Québec, des agents de douane canadiens et américains et la Drug Enforcement Administration des États-Unis, la Gendarmerie royale du Canada met à jour un réseau de trafic de cannabis. Vingt-six individus, dont l'intimé, sont mis en accusation le 3 juillet 2002. Ce dernier plaide coupable devant un juge de la Cour du Québec à un chef de complot pour production de cannabis, trafic de cannabis, possession de cannabis en vue d'en faire le trafic et possession de biens provenant du trafic de cannabis (art. 465 *C. cr.*) et à un autre chef de commission d'actes criminels au profit d'une organisation criminelle (art. 467.12 *C. cr.*). 2

La poursuite suggère une peine d'emprisonnement de six ans, réduite du temps passé en détention préventive, ainsi qu'une amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation (par. 462.37(3) 3

money could not be located because the respondent had disposed of it by making various gifts and purchases. Counsel for the respondent recommended a sentence of 40 months that, once the period of pre-trial detention was taken into account, would have been reduced to eight and a half months' imprisonment, which could have been served in the community. On the question of the fine, counsel argued that the respondent had not benefited personally from the money, but rather had spent it on his friends and family.

4 After sentencing submissions were made, the judge found that the respondent had personally participated in transporting the cannabis and that he was not just an underling. He had brought another individual into the ring, trained him, and received a share of the income that this individual made from the illegal activities. The respondent had received at least $150,000 from the crimes in question. The judge determined the appropriate sentence to be imprisonment for 50 months, which he reduced to 19 months to take the period of pre-trial detention into account. Because of the nature of the charges, he denied the respondent's request to serve the sentence in the community. Regarding the request for a fine instead of a forfeiture order, the judge said that he was unable to find that the respondent was still in possession of the $150,000 he had received from the illegal activities. Stating that he was exercising his discretion and finding that the majority opinion in the case law required him to take the respondent's ability to pay into consideration, the judge concluded that a $20,000 fine was [TRANSLATION] "justified" ([2003] Q.J. No. 14742 (QL), at para. 56).

5 The prosecution appealed to the Court of Appeal solely in respect of the amount of the fine imposed instead of a forfeiture order. It submitted that the judge did not have authority to reduce the amount of the fine. The Court of Appeal dismissed the appeal ([2004] R.J.Q. 1796). It first observed that a forfeiture order under s. 462.37(1) is mandatory. However, it considered the imposition under s. 462.37(3) of a fine instead of a forfeiture order to be optional. In the Court of Appeal's view, while s. 734(2) does not obviate the general rule that an

C. cr.). À ce sujet, la poursuite prétend que l'argent n'a pu être retrouvé parce que l'intimé en aurait disposé par des dons et achats divers. L'avocat de l'intimé recommande une peine de 40 mois qui, une fois réduite de la période de détention préventive, s'établirait à huit mois et demi d'emprisonnement, lesquels pourraient être purgés dans la communauté. Concernant l'amende, l'avocat soutient que l'intimé n'a pas bénéficié personnellement de l'argent, mais en aurait fait profiter ses proches.

À la suite des plaidoiries présentencielles, le juge conclut que l'intimé a lui-même participé au transport du cannabis et qu'il n'est pas un simple exécutant. Il a intégré un autre individu dans le réseau, l'a formé et a reçu une part des revenus que ce dernier tirait lui aussi des activités illégales. L'intimé a tiré au moins 150 000 $ des crimes reprochés. Le juge évalue la peine appropriée à 50 mois d'emprisonnement, qu'il réduit à 19 mois après avoir tenu compte de la période de détention préventive. En raison de la nature des accusations, il refuse la demande de l'intimé de purger la peine dans la collectivité. Pour ce qui est de la demande d'infliction d'une amende en remplacement de l'ordonnance de confiscation, le juge se dit incapable de conclure que l'intimé est encore en possession de la somme de 150 000 $ qu'il a tirée des activités illégales. Invoquant son pouvoir discrétionnaire et s'appuyant sur ce qu'il estimait être la jurisprudence majoritaire lui dictant de prendre en considération la capacité de payer de l'intimé, le juge conclut qu'une amende de 20 000 $ était « justifiée » ([2003] J.Q. nº 14742 (QL), par. 56).

La poursuite se pourvoit devant la Cour d'appel mais uniquement contre le montant de l'amende infligée en remplacement de l'ordonnance de confiscation. Elle affirme que le juge ne pouvait réduire le montant de l'amende. La Cour d'appel rejette l'appel ([2004] R.J.Q. 1796). Elle souligne d'abord que, aux termes du par. 462.37(1), l'ordonnance de confiscation est obligatoire. Elle considère cependant comme facultative l'infliction de l'amende en remplacement de l'ordonnance de confiscation prévue par le par. 462.37(3). La Cour

offender's ability to pay should be taken into consideration, that rule is simply not mandatory in the case of a fine instead of forfeiture. The court concluded that it would be unfair not to take ability to pay into account.

The prosecution was granted leave to appeal to this Court. The respondent was not represented, and the Court appointed counsel to act as *amicus curiae.*

2. Analysis

The case at bar concerns the interpretation of s. 462.37(3) *Cr. C.* I propose to apply what is now referred to as the modern approach to interpretation: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). I will therefore briefly discuss the context in which the provisions relating to the proceeds of crime were enacted and will provide an overview of the provisions as a whole, in order to determine their spirit and object, and the intention of Parliament. I will then discuss the provision in question in the context of Part XII.2 (Proceeds of Crime), and will conclude by considering the impact of the general sentencing provisions.

2.1 *Context in Which the Provisions Relating to the Proceeds of Crime Were Enacted and Overview of the Provisions*

In 1989, Canada honoured the commitment it had made when it signed the *Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, Can. T.S. 1990 No. 42, by amending the *Criminal Code* to add Part XII.2 (Proceeds of Crime): R.S.C. 1985, c. 42 (4th Supp.) (formerly S.C. 1988, c. 51), s. 2. The new provisions allowed the prosecution to use unprecedented investigative methods (s. 462.32), created new offences

d'appel estime que le par. 734(2) n'a pas pour effet d'écarter la règle générale voulant que la capacité de payer d'un contrevenant soit prise en considération, mais que cette règle n'est simplement pas obligatoire dans le cas de l'amende en remplacement de la confiscation. Elle conclut qu'il serait injuste de ne pas tenir compte de la capacité de payer.

La poursuite a obtenu la permission de se pourvoir devant notre Cour. L'intimé n'est pas représenté et la Cour a nommé un avocat pour agir comme *amicus curiae.* 6

2. Analyse

L'interprétation du par. 462.37(3) *C. cr.* est en litige. Je me propose de suivre ce qui est maintenant qualifié de méthode moderne d'interprétation : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87). J'examinerai donc brièvement le contexte de l'adoption des dispositions concernant les produits de la criminalité et ferai un survol de ces dispositions dans leur ensemble pour déterminer leur esprit, leur objet, ainsi que l'intention du législateur. J'étudierai ensuite la disposition litigieuse en la replaçant dans le contexte de la partie XII.2 (Produits de la criminalité) et, enfin, l'impact des dispositions générales régissant la détermination de la peine. 7

2.1 *Contexte d'adoption et survol des dispositions concernant les produits de la criminalité*

En 1989, donnant suite à l'engagement qu'il a pris en signant la *Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, R.T. Can. 1990 nº 42, le Canada modifie le *Code criminel* en y ajoutant la partie XII.2 (Produits de la criminalité) : L.R.C. 1985, ch. 42 (4e suppl.) (anciennement L.C. 1988, ch. 51), art. 2. Les nouvelles dispositions permettent à la poursuite d'avoir recours à des outils d'enquête nouveaux (art. 462.32), créent de 8

(s. 462.31(1)) and established special rules for sentencing (ss. 462.31(2) and 462.37). As P. M. German correctly writes, Parliament goes beyond the offender him or herself and targets the proceeds of crime (*Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (loose-leaf ed.), at p. 3-4):

> Part XII.2 goes much further than other crime control initiatives, representing a paradigmatic shift from the traditional, single transaction, individual-oriented structure of criminal law with which Canadians are familiar, to one which is both property-driven and premised upon multiple transactions perpetrated by criminal organizations. It focuses upon the proceeds of crime, as opposed to the offender, individual or corporate; the avowed purpose being to neutralize criminal organizations rather than punish individual offenders. Its effectiveness in achieving these goals is inexorably tied to the speed by which criminal proceeds can be seized or frozen and as a result, it acts prospectively, in anticipation of a conviction in later proceedings. [Citations omitted.]

9 Great importance is thus attached to the proceeds of crime, and one of the stated goals is to neutralize criminal organizations by depriving them of the profits of their activities. The Honourable Ray Hnatyshyn, who was the Minister of Justice when the bill was introduced, said that traffickers had been insufficiently deterred by traditional sentencing methods. Canada therefore had to adopt methods by which it could deprive offenders of the profits of their crimes and take away any motivation to pursue their criminal activities. Of all the methods chosen, the primary one is forfeiture (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 1, November 5, 1987, at p. 1:8). The effectiveness of the adopted methods depends largely on the severity of the new provisions and on their deterrent effect (*Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72, at para. 25).

nouvelles infractions (par. 462.31(1)) et prévoient des règles particulières en matière de détermination de la peine (par. 462.31(2) et art. 462.37). Comme le dit avec raison l'auteur P. M. German, au-delà du contrevenant lui-même, le législateur vise les produits de la criminalité (*Proceeds of Crime : The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements* (éd. feuilles mobiles), p. 3-4) :

> [TRADUCTION] La partie XII.2 va beaucoup plus loin que les autres initiatives de lutte contre la criminalité. Elle représente un changement paradigmatique, où l'on délaisse la structure traditionnelle du droit criminel familière aux Canadiens — à savoir celle axée sur l'individu et une opération unique — au profit d'une structure basée à la fois sur les biens concernés et les multiples opérations effectuées par les organisations criminelles. Cette structure s'attache aux produits de la criminalité plutôt qu'au contrevenant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, l'objectif déclaré étant de neutraliser les organisations criminelles plutôt que de punir les contrevenants eux-mêmes. L'efficacité avec laquelle cette structure permet de réaliser cet objectif est inexorablement liée à la rapidité avec laquelle les produits de la criminalité sont saisis ou bloqués et, en conséquence, elle agit pour l'avenir, en vue d'une déclaration de culpabilité dans une instance ultérieure. [Renvois omis.]

Une grande importance est donc accordée aux produits de la criminalité et un des buts avoués est de neutraliser les organisations criminelles en les privant du fruit de leurs activités. Selon l'honorable Ray Hnatyshyn, ministre de la Justice lors de la présentation du projet de loi, les trafiquants n'étaient pas suffisamment dissuadés par les méthodes traditionnelles de détermination de la peine. Le Canada devait se doter des moyens de priver les contrevenants des fruits de leurs crimes et de leur retirer toute motivation de poursuivre leurs activités criminelles. Parmi tous les moyens choisis, le principal est la confiscation (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule nº 1, 5 novembre 1987, p. 1:8). L'efficacité des moyens mis en œuvre dépend largement de la rigueur des nouvelles dispositions et de leur effet dissuasif (*Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72, par. 25).

2.2 *Provision in Issue in the Context of Part XII.2 (Proceeds of Crime)*

The sentence imposed for an offence under Part XII.2 on proceeds of crime consists of two elements: the penalty for committing a designated offence (s. 462.3(1)), and forfeiture of the proceeds of crime (s. 462.37(1)). The new provisions are in addition to existing methods. The intention of Parliament is clear. Not only must the act itself be punished, but it must not benefit the offender. Parliament's purpose in doing this is to ensure that crime does not pay. Although the appeal concerns the discretion of a court that imposes a fine instead of forfeiture, the objective of the primary provision must be correctly established for it to be possible to identify the objective of the provision authorizing this sentence.

The primary provision on forfeiture is capable of very broad meaning. It reads as follows:

462.37 (1) Subject to this section and sections 462.39 to 462.41, where an offender is convicted, or discharged under section 730, of a designated offence and the court imposing sentence on the offender, on application of the Attorney General, is satisfied, on a balance of probabilities, that any property is proceeds of crime and that the designated offence was committed in relation to that property, the court shall order that the property be forfeited to Her Majesty to be disposed of as the Attorney General directs or otherwise dealt with in accordance with the law.

The property that is liable to forfeiture is property that is "proceeds of crime". This expression is defined as follows in s. 462.3(1):

462.3 (1) . . .

"proceeds of crime" means any property, benefit or advantage, within or outside Canada, obtained or derived directly or indirectly as a result of

(*a*) the commission in Canada of a designated offence, or

2.2 *Disposition en litige dans le contexte de la partie XII.2 (Produits de la criminalité)*

La peine infligée pour une infraction visée par la partie XII.2 concernant les produits de la criminalité comporte deux volets : la sanction liée à la commission de l'infraction désignée (par. 462.3(1)) et la confiscation des produits de la criminalité (par. 462.37(1)). Les nouvelles dispositions s'ajoutent aux outils existants. L'intention du législateur est claire. Non seulement l'acte doit-il être puni, mais il ne doit pas bénéficier au contrevenant. Le législateur veut ainsi s'assurer que le crime ne paie pas. Bien que le pourvoi porte sur le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal qui inflige une amende en remplacement de la confiscation, il importe de bien cerner l'objectif de la disposition principale afin de pouvoir dégager celui de la disposition autorisant la peine substitutive. 10

La disposition principale sur la confiscation est susceptible d'avoir une portée très large. Elle est ainsi rédigée : 11

462.37 (1) Sur demande du procureur général, le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction désignée — ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de cette infraction — est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article et des articles 462.39 à 462.41, d'ordonner la confiscation au profit de Sa Majesté des biens dont il est convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils constituent des produits de la criminalité obtenus en rapport avec cette infraction désignée; l'ordonnance prévoit qu'il est disposé de ces biens selon les instructions du procureur général ou autrement en conformité avec la loi.

Les biens sujets à confiscation sont ceux qui constituent des « produits de la criminalité », expression qui est définie ainsi au par. 462.3(1) : 12

462.3 (1) . . .

« produits de la criminalité » Bien, bénéfice ou avantage qui est obtenu ou qui provient, au Canada ou à l'extérieur du Canada, directement ou indirectement :

a) soit de la perpétration d'une infraction désignée;

(*b*) an act or omission anywhere that, if it had occurred in Canada, would have constituted a designated offence.

The word "property" is defined in s. 2:

2. . . .

"property" includes

(*a*) real and personal property of every description and deeds and instruments relating to or evidencing the title or right to property, or giving a right to recover or receive money or goods,

(*b*) property originally in the possession or under the control of any person, and any property into or for which it has been converted or exchanged and anything acquired at any time by the conversion or exchange,

. . .

13 There is thus a wide range of property that could be proceeds of crime. Such property may consist of real rights or personal rights, of corporeal or incorporeal property. Forfeiture may apply to the original property, or property acquired in exchange for or by conversion of the original property. It could also apply to a right in a portion of property. The link between the property or right and the designated offence need not be direct. It is enough that the offence be committed "in relation to" the property or the right.

14 As is clearly stated in s. 462.37(1), a court imposing sentence on an offender convicted of an offence involving the proceeds of crime "shall", on application of the Attorney General, order the forfeiture of the property where the offence was committed in relation to that property.

15 The broad meaning of the expressions "proceeds of crime" and "in relation to", combined with the fact that no discretion whatsoever is provided for in s. 462.37(1), is significant. Parliament has made this provision mandatory by requiring forfeiture and making the provision apply to the widest possible range of property.

b) soit d'un acte ou d'une omission qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée.

Le mot « biens » est lui-même défini à l'art. 2 :

2. . . .

« biens » ou « propriété »

a) Les biens meubles et immeubles de tous genres, ainsi que les actes et instruments concernant ou constatant le titre ou droit à des biens, ou conférant le droit de recouvrer ou de recevoir de l'argent ou des marchandises;

b) des biens originairement en la possession ou sous le contrôle d'une personne, et tous biens en lesquels ou contre lesquels ils ont été convertis ou échangés et tout ce qui a été acquis au moyen de cette conversion ou de cet échange;

. . .

Les biens susceptibles de constituer des produits de la criminalité sont donc très variés. Il peut s'agir de droits réels ou personnels, de biens corporels ou incorporels. La confiscation peut porter sur le bien original ou sur un bien acquis en échange ou par conversion du premier. Il peut s'agir aussi d'un droit visant une partie d'un bien. Le lien du bien ou droit en question avec l'infraction désignée n'a pas besoin d'être direct. Il suffit que ce bien ou ce droit ait été obtenu « en rapport avec » l'infraction.

De plus, en vertu de cette disposition, tel que le dit clairement le texte du par. 462.37(1), le tribunal qui détermine la peine à infliger à un accusé coupable d'une infraction concernant les produits de la criminalité « est tenu », sur demande du procureur général, d'ordonner la confiscation des biens obtenus en rapport avec cette infraction.

La large portée des expressions « produits de la criminalité » et « en rapport avec », conjuguée à l'absence de tout pouvoir discrétionnaire dans le texte de la disposition, est significative. Le législateur donne un caractère contraignant à cette disposition en imposant la confiscation et en assujettissant à son application la plus vaste gamme possible de biens.

Parliament's intention in enacting the forfeiture provisions was to give teeth to the general sentencing provisions. While the purpose of the latter provisions is to punish an offender for committing a particular offence, the objective of forfeiture is rather to deprive the offender and the criminal organization of the proceeds of their crime and to deter them from committing crimes in the future. The severity and broad scope of the provisions suggest that Parliament is seeking to avert crime by showing that the proceeds of crime themselves, or the equivalent thereof, may be forfeited.

Par les dispositions sur la confiscation, le législateur a voulu ajouter du mordant aux dispositions générales sur la peine. Alors que ces dernières visent à punir le contrevenant pour la perpétration d'une infraction donnée, la confiscation a plutôt comme objectif de priver le contrevenant et l'organisation criminelle des produits de leur crime et de les dissuader de perpétrer d'autres infractions. La sévérité des dispositions et leur large portée indiquent que le législateur cherche à prévenir la criminalité en montrant que le produit du crime lui-même ou l'équivalent peut être confisqué. 16

The severity shown by Parliament is further illustrated by s. 462.37(2), which provides that where the evidence does not establish a connection between property and the offence of which an offender has been convicted, the property may nevertheless be forfeited if it is proven to be proceeds of crime.

La sévérité montrée par le législateur est d'ailleurs illustrée par le par. 462.37(2), lequel prévoit que les biens pour lesquels un lien avec l'infraction dont un contrevenant est déclaré coupable n'est pas prouvé peuvent tout de même être confisqués s'il est démontré qu'il s'agit de produits de la criminalité. 17

Forfeiture of the proceeds of crime is not always practicable, however. The proceeds of a crime may have been used, transferred or transformed, or may simply be impossible to find. To ensure that the proceeds of a crime do not indirectly benefit those who committed it, Parliament has provided that the court may impose a fine instead of forfeiture of the proceeds of crime. It is therefore from the perspective of the objective of the forfeiture provisions that the fine instead of forfeiture must be considered.

La confiscation des produits de la criminalité n'est cependant pas toujours praticable. Le produit du crime peut avoir été utilisé, transféré, transformé ou tout simplement être introuvable. Pour éviter que le produit d'un crime profite indirectement à ses auteurs, le législateur prévoit que le tribunal peut infliger une amende en remplacement des produits de la criminalité. C'est donc dans le cadre de l'objectif visé par les dispositions sur la confiscation qu'il faut replacer l'amende en remplacement de la confiscation. 18

While the words used by Parliament allow the court no flexibility where the property can be located, it uses more permissive language in respect of a fine imposed instead of forfeiture. Section 462.37(3) provides that where forfeiture is not practicable, the court "may" impose a fine instead of making a forfeiture order. It reads as follows:

Alors que le législateur emploie des termes qui ne laissent aucune flexibilité au tribunal dans les cas où le bien peut être retracé, il utilise un langage plus permissif pour ce qui est de l'infliction de l'amende en remplacement de la confiscation. Le paragraphe 462.37(3) énonce que, lorsque la confiscation n'est pas praticable, le tribunal « peut » substituer une amende à l'ordonnance de confiscation. Ce paragraphe est ainsi rédigé : 19

462.37 . . .

(3) Where a court is satisfied that an order of forfeiture under subsection (1) should be made in respect of any property of an offender, but that that property

462.37 . . .

(3) Le tribunal qui est convaincu qu'une ordonnance de confiscation devrait être rendue à l'égard d'un bien — d'une partie d'un bien ou d'un droit sur celui-ci

or any part thereof or interest therein cannot be made subject to such an order and, in particular,

(*a*) cannot, on the exercise of due diligence, be located,

(*b*) has been transferred to a third party,

(*c*) is located outside Canada,

(*d*) has been substantially diminished in value or rendered worthless, or

(*e*) has been commingled with other property that cannot be divided without difficulty,

the court may, instead of ordering that property or part thereof or interest therein to be forfeited pursuant to subsection (1), order the offender to pay a fine in an amount equal to the value of that property, part or interest.

— d'un contrevenant peut, en remplacement de l'ordonnance, infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien s'il est convaincu que le bien ne peut pas faire l'objet d'une telle ordonnance et notamment dans les cas suivants :

a) impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien;

b) remise à un tiers;

c) situation du bien à l'extérieur du Canada;

d) diminution importante de valeur;

e) fusion avec un autre bien qu'il est par ailleurs difficile de diviser.

20 It may seem strange for Parliament to have directed that a forfeiture order be made where the prosecution can establish a connection between particular property and the offence for which the offender is being sentenced, but to have used an expression that generally reflects discretion in respect of the process that the court must engage in to decide whether or not to impose a fine instead of forfeiture.

Il peut paraître étrange que le législateur ait imposé l'ordonnance de confiscation lorsque la poursuite peut établir un rapport avec un bien donné et l'infraction pour laquelle le contrevenant reçoit sa peine, mais qu'il ait utilisé une expression qui reflète généralement un pouvoir discrétionnaire pour décrire l'exercice auquel le tribunal doit se plier pour décider s'il infligera ou non une amende en remplacement de la confiscation.

21 According to one interpretation, the word "may" indicates that the court has a broad discretion to adjust the amount of the fine by applying the general principles of sentencing, subject to the specific rules that have been expressly provided for. This is the approach taken by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Savard* (1998), 126 C.C.C. (3d) 562, and in the case at bar. The majority of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Neves* (2005), 202 C.C.C. (3d) 375, 2005 MBCA 112, was also of the opinion that where a court imposes a fine instead of forfeiture, it may take ability to pay into consideration in deciding whether to impose this sanction. However, the majority in *Neves* did not find that the court's discretion allows it to reduce the amount of the fine to take into account the offender's ability to pay as a factor in individualization. According to a second interpretation, the word "may" conveys

Selon une première interprétation, le mot « peut » indique que le tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de moduler l'amende selon les principes généraux applicables à la détermination de la peine, sous réserve des règles spécifiques explicitement prévues. C'est l'interprétation qu'a retenue la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Savard*, [1998] A.Q. nº 1565 (QL), et dans la présente affaire. La Cour d'appel du Manitoba à la majorité, dans *R. c. Neves* (2005), 202 C.C.C. (3d) 375, 2005 MBCA 112, a elle aussi été d'avis que le tribunal qui inflige une amende de remplacement peut prendre en considération la capacité de payer pour décider d'appliquer ou non cette sanction. Dans *Neves*, les juges majoritaires ne reconnaissent toutefois pas que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal lui permet de réduire le montant de l'amende pour tenir compte

an obligation and is equivalent to "shall" once the court finds that the property cannot be forfeited. This is the interpretation adopted by the minority in *Neves*, by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Garoufalis* (1998), 131 C.C.C. (3d) 242, and by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Geschwandtner* (2004), 241 Sask. R. 248, 2004 SKCA 15. Finally, according to a third interpretation, the court has a limited discretion when it imposes a fine, but the offender's ability to pay is not a factor that may be taken into consideration. This is what the prosecution is suggesting, correctly in my opinion, in the instant case.

2.2.1 First Interpretation: Broad Discretion

The word "may" is often used to indicate a broad discretion. It is necessary to avoid falling into the trap of literal interpretation, however. The courts developed the modern approach to interpretation after realizing how unreliable the literal approach was.

The court's discretion is necessarily limited by the purpose of the order to be made. It may be exercised only to impose a fine instead of forfeiture. This option is not available in every case. The discretion may be exercised only where the court cannot order forfeiture or where forfeiture is not practicable. Because the purpose of forfeiture is to deprive offenders of the proceeds of crime and in so doing to deter the offenders themselves as well as criminal organizations from committing the designated offences, the discretion must also be exercised having regard to the fact that Parliament is seeking to deter not only offenders, but also criminal organizations.

The list of circumstances in which the court may, *inter alia*, impose a fine instead of forfeiture also

de la capacité de payer du contrevenant comme facteur d'individualisation. Suivant une deuxième interprétation, le mot « peut » se traduit par une obligation et correspond à « doit » à compter du moment où le tribunal constate que le bien ne peut être confisqué. Il s'agit de l'interprétation qui a été adoptée par les juges minoritaires dans *Neves*, par la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Garoufalis* (1998), 131 C.C.C. (3d) 242, et par la Cour d'appel de Saskatchewan dans *R. c. Geschwandtner* (2004), 241 Sask. R. 248, 2004 SKCA 15. Enfin, conformément à une troisième interprétation, le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité lorsqu'il inflige l'amende, mais la capacité de payer du contrevenant n'est pas un critère qui peut être pris en considération. C'est ce que la poursuite suggère dans le présent dossier, avec raison selon moi.

2.2.1 Première interprétation : large pouvoir discrétionnaire

22 Le mot « peut » est souvent indicatif de l'existence d'un large pouvoir discrétionnaire. Le piège de l'interprétation littérale doit cependant être évité. Les tribunaux ont d'ailleurs élaboré les règles modernes d'interprétation après avoir pris conscience de la fragilité de la méthode d'interprétation littérale.

23 Le pouvoir discrétionnaire du tribunal est nécessairement limité par la raison d'être de l'ordonnance de remplacement. En effet, il ne peut être exercé que pour remplacer la confiscation. Il ne s'agit pas d'une solution ouverte dans tous les cas. Le pouvoir ne peut être exercé que lorsque le tribunal ne peut ordonner la confiscation ou lorsque celle-ci n'est pas praticable. Comme la confiscation a pour but de priver les contrevenants des produits du crime et ainsi de dissuader tant les organisations criminelles que les contrevenants eux-mêmes de commettre les infractions désignées, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit aussi tenir compte du fait que le législateur cherche à dissuader non seulement les contrevenants, mais aussi les organisations criminelles.

24 L'énumération des circonstances dans lesquelles le tribunal peut, notamment, infliger une amende

illustrates the limits of the discretion. For instance, the discretion may be exercised (*a*) where the property cannot, on the exercise of due diligence, be located or (*b*) where the property has been transferred to a third party. The list does not appear to be restrictive, given the use of the expression "in particular", which suggests that there are other circumstances that do not appear on the list. However, those circumstances must be similar in nature to the ones that are expressly mentioned. The judge could not therefore decline to impose a fine simply because the offender is no longer in possession of the property or simply because (*c*) the property is located outside Canada. Thus, the judge cannot transform circumstances in which a fine may be ordered instead of forfeiture into circumstances that justify not imposing a fine.

25 The *amicus curiae* argues that the effect of imposing a fine without regard to the general principles of sentencing is to punish the offender twice. What that argument fails to consider is that those principles are not all disregarded and that a fine instead of forfeiture is seen as a separate component of the sentence. While such an order is technically part of the sentence, it is nevertheless distinguished by the fact that its purpose is to replace the proceeds of crime. It is not regarded as punishment specifically for the designated offence.

26 The actual objective of Part XII.2 is to deal with the proceeds of crime separately from, and in addition to, the punishment for committing a crime. The fine imposed in this instance has some special features: there are specific rules for imprisonment in default of payment (s. 462.37(4) and (5)). The fine or imprisonment imposed as the primary sentence punishes the commission of the designated offence, while forfeiture or a fine instead of forfeiture deprives the offender of the proceeds of his or her crime and deters potential offenders and accomplices.

27 The effect of the word "may" cannot therefore be to grant a broad discretion. The exercise of the

en remplacement de la confiscation illustre elle aussi les limites du pouvoir discrétionnaire. Par exemple, ce pouvoir peut être exercé *a*) lorsqu'il y a impossibilité, malgré des efforts en ce sens, de retrouver le bien ou *b*) lorsque le bien a été remis à un tiers. Cette énumération ne paraît toutefois pas limitative, vu la présence du mot « notamment », lequel suggère que d'autres circonstances ne sont pas énumérées. Ces circonstances doivent cependant être de même nature que celles qui sont explicitement mentionnées. Le juge ne pourrait donc pas refuser d'infliger une amende du seul fait que le contrevenant n'est plus en possession du bien ou *c*) que le bien est à l'extérieur du Canada. Le juge ne peut donc transformer des circonstances donnant ouverture à l'ordonnance de remplacement en circonstances justifiant de ne pas infliger l'amende.

L'*amicus curiae* plaide que l'infliction d'une amende sans tenir compte des principes généraux de détermination de la peine a pour effet d'infliger au contrevenant une double punition. Un tel argument omet de prendre en considération que ces principes ne sont pas tous écartés et que l'amende en remplacement de la confiscation est vue comme un volet autonome de la peine. Si cette ordonnance fait techniquement partie de la peine, elle s'en démarque toutefois en ce qu'elle vise à remplacer le produit du crime. Elle n'est pas considérée comme la punition prévue spécifiquement pour l'infraction désignée.

L'objectif même de la partie XII.2 est de réserver un traitement spécial aux produits de la criminalité, en sus de la punition prévue pour la commission du crime. L'amende qui est alors infligée comporte d'ailleurs certaines particularités : l'emprisonnement pour défaut de paiement fait l'objet de règles spécifiques (par. 462.37(4) et (5)). L'amende ou l'emprisonnement infligé comme peine principale sanctionne la commission de l'infraction désignée. La confiscation ou l'amende infligée en remplacement de la confiscation prive le contrevenant des produits de son crime et dissuade les contrevenants et complices potentiels.

Le mot « peut » ne saurait donc avoir pour effet de conférer un large pouvoir discrétionnaire.

discretion is necessarily limited by the objective of the provision, the nature of the order and the circumstances in which the order is made.

2.2.2 Second Interpretation: The Word "May" Is Equivalent to "Shall"

The second interpretation is no more satisfactory, because it cannot be reconciled with the provisions of Part XII.2 as a whole. It is important to recall that the objectives are to deprive offenders of the proceeds of their crimes and to deter potential offenders and criminal organizations. On the one hand, the word "may" must not be read to say "must" unless such an interpretation is dictated by the context. That is not the case here. It can be seen from the provisions of Part XII.2 as a whole that "may" is being used in its literal sense. On the other hand, a court may face circumstances in which the objectives of the provisions do not call for a fine to be imposed. An example of this would be if the offender did not profit from the crime and if it was an isolated crime committed by an offender acting alone. In such a case, none of the objectives would be furthered or frustrated by a decision not to impose a fine instead of forfeiture. The word "may" allows for an exercise of discretion that is consistent with the spirit of the whole of the provisions in question.

2.2.3 Third Interpretation: The Judge Has a Limited Discretion That Does Not Allow Ability to Pay to Be Taken Into Consideration

I said earlier that in my opinion the judge has a limited discretion in imposing a fine instead of forfeiture. I also gave examples of limits on that discretion and cited a case in which it might be exercised. The factual circumstances that may give rise to an exercise of the discretion may vary, and it would be unrealistic to claim to foresee all of them. I will therefore limit my discussion to the single factor that was argued: ability to pay.

L'exercice de ce pouvoir est nécessairement limité par l'objectif de la disposition, par la nature de l'ordonnance et par les circonstances dans lesquelles celle-ci doit être rendue.

2.2.2 Deuxième interprétation : le mot « peut » est assimilable à « doit »

28 La deuxième interprétation n'est pas non plus satisfaisante, parce qu'elle n'est pas conciliable avec l'ensemble des dispositions de la partie XII.2. Il est important de rappeler que les objectifs visés sont de priver le contrevenant du produit de son crime et de dissuader les contrevenants potentiels et les organisations criminelles. D'une part, le mot « peut » ne doit être assimilé à « doit » que lorsque le contexte l'exige. Tel n'est pas le cas ici. Le sens littéral du mot « peut » ressort de la lecture de l'ensemble des dispositions de la partie XII.2. D'autre part, le tribunal pourrait être en présence de circonstances où la poursuite des objectifs de ces dispositions ne requiert pas l'infliction d'une amende. Ce serait le cas, par exemple, si le contrevenant n'a pas bénéficié du crime et s'il s'agit d'un crime isolé commis par un contrevenant agissant seul. Dans ce cas, aucun des objectifs ne serait servi ou contrecarré par le refus d'infliger une amende de remplacement. Le mot « peut » laisse place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui est conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions concernées.

2.2.3 Troisième interprétation : le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité ne l'autorisant pas à prendre en considération la capacité de payer

29 J'ai dit précédemment être d'avis que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité lorsqu'il inflige une amende en remplacement de la confiscation. J'ai également donné des exemples de limites à ce pouvoir et mentionné un cas d'exercice de celui-ci. Les circonstances factuelles pouvant donner lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire peuvent varier et il serait illusoire de prétendre les prévoir toutes. Je ne traiterai donc que du seul facteur qui a occupé les débats, à savoir la capacité de payer.

30 It is plain from the context of the provision that Parliament's intention is to focus on depriving offenders of the proceeds and on the measure's deterrent aspect. On its face, it would seem to be inconsistent with those objectives to consider ability to pay. It is particularly true where, as in the case at bar, drug trafficking is involved that the proceeds of crime often consist of cash. If the offender no longer has the money, it will often be because he or she has spent it. If the fact that the money has been spent is a ground for being exempted from the order, would this not incite offenders to quickly squander the proceeds of crime? This result would undoubtedly run counter to the intended purpose, which is to deprive offenders and criminal organizations of the proceeds of their crimes. As well, if inability to pay were a ground for reducing the fine, criminal organizations would be able to engage poor people in the knowledge that the courts will show clemency in imposing fines. Consideration of inability to pay can therefore have perverse effects that run directly counter to Parliament's objective of deterrence.

Le contexte de la disposition a permis de faire ressortir la volonté du législateur de mettre l'accent sur la privation du gain et sur l'aspect dissuasif de la mesure. Il semble à première vue peu compatible avec la réalisation de ces objectifs de prendre en considération la capacité de payer. En effet, particulièrement en matière de trafic de drogue, comme c'est le cas en l'espèce, le produit du crime est souvent de l'argent liquide. Si le contrevenant n'a plus l'argent, ce sera souvent parce qu'il l'a dépensé. Si le fait de dépenser l'argent constitue un motif pour être exempté de l'ordonnance, n'est-ce pas là encourager la dilapidation rapide des produits de la criminalité? Un tel résultat va sans doute à l'encontre du but poursuivi, à savoir priver les contrevenants et les organisations criminelles du produit de leurs crimes. De plus, si l'incapacité de payer constituait un motif justifiant de réduire l'amende, cela signifierait que les organisations criminelles pourraient avoir recours à des personnes démunies, sachant que les tribunaux se montreront cléments lorsqu'ils infligeront une amende. La prise en considération de l'incapacité de payer peut donc avoir des effets pervers allant directement à l'encontre de l'objectif de dissuasion poursuivi par le législateur.

31 Obviously, where a sum of money is concerned, a reduction in the value of such property is most often associated with the use thereof, which is itself often associated with an absence of other income. If one of the objectives is to ensure that crime does not pay, use of the proceeds of crime must be a basis for ordering a fine instead of forfeiture of the property and cannot be a basis for mitigating the impact of the measure.

Il est évident que, dans le cas d'une somme d'argent, la diminution de la valeur d'un tel bien est le plus souvent liée à son utilisation, elle-même souvent liée à l'absence d'autres revenus. Si l'un des objectifs est de faire en sorte que le crime ne paie pas, l'utilisation des produits de la criminalité est nécessairement un motif pour ordonner l'amende en remplacement des biens et ne saurait constituer un motif pour atténuer l'impact de la mesure.

32 The mere fact that the property has been used cannot therefore justify exercising the discretion to reduce the amount of the fine, especially where the property consists of cash. The fact that the offender no longer has enough money must not therefore serve as a way to avoid a fine. A fine can be ordered only if the property cannot be forfeited or if forfeiting it is impracticable. Moreover, s. 462.37(3)(*d*) is significant: a fine may be imposed where the property has been substantially diminished in value. The purpose of the order, to replace the property, would be thwarted if the offender

Le simple fait que le bien ait été utilisé ne peut donc justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour diminuer le montant de l'amende, particulièrement lorsque ce bien est de l'argent liquide. Le fait que le contrevenant ne dispose plus d'une somme suffisante ne doit donc pas servir de moyen d'échapper à l'amende. L'ordonnance n'a de pertinence que lorsque le bien ne peut être confisqué ou que sa confiscation est impraticable. L'alinéa 462.37(3)*d*) est d'ailleurs significatif : l'amende peut être infligée lorsque le bien a perdu une partie importante de sa valeur. Le but de l'ordonnance,

could avoid the fine simply by spending the proceeds of the crime.

Reducing the fine to take ability to pay into account can in fact undermine the purpose of the order. A forfeiture order is made in addition to the sentence imposed for the designated offence. Because the sentence may itself include a fine and because the court must, under the general rules, take ability to pay into account, ability to pay would, if it were a valid consideration under s. 462.37(3), be taken into account twice, which could have the effect of reducing the amount the court could assess to nil.

The limits on the court's discretion can be deduced from the objective and context of s. 462.37(3) *Cr. C.* They are also incorporated into the words of the provision itself. The court's discretion is limited not only by the circumstances in which the substitution may be made, in particular those listed in paras. (*a*) to (*e*), but, even more importantly, by the clear words of the provision itself. The amount of the fine is established by the *Criminal Code*: the court "may, instead of ordering that property . . . to be forfeited . . ., order the offender to pay a fine in an amount equal to the value of that property . . .". The words are crystal clear. Parliament has itself determined the amount of the fine.

The fine, as that provision says, is equal to the value of the property. Further, equivalency between the value of the property and the amount of the fine is inherent in the words "instead of". The fine takes the place of forfeiture. For the substitution to be genuine, the value must be equal. The court's discretion applies both to the decision whether or not to impose a fine and to the determination of the value of the property. It must be exercised in light of the evidence, and once this process has been completed, the court may not take the offender's ability to pay into consideration as a basis for deciding either to impose no fine or to reduce the amount of the fine.

qui est de remplacer le bien, serait contrecarré si le contrevenant pouvait éviter l'amende simplement en dépensant le produit du crime.

33 Réduire l'amende pour tenir compte de la capacité de payer peut d'ailleurs miner le but de l'ordonnance. En effet, l'ordonnance de confiscation s'ajoute à la peine infligée pour l'infraction désignée. Comme il est possible que cette peine comporte déjà une amende pour laquelle le tribunal doit, en vertu des règles générales, tenir compte de la capacité de payer, ce facteur serait en conséquence pris en considération deux fois s'il était admis pour l'application du par. 462.37(3) et pourrait ainsi réduire à néant le montant qu'un tribunal pourrait fixer.

34 Les limites du pouvoir discrétionnaire du tribunal peuvent être dégagées de l'objectif et du contexte du par. 462.37(3) *C. cr.* Elles sont aussi inscrites dans le texte même de la disposition. Non seulement le pouvoir discrétionnaire du tribunal est-il limité par les circonstances susceptibles de donner lieu à la substitution, notamment celles énumérées aux al. *a*) à *e*), mais, facteur plus important encore, il l'est aussi par le texte clair de la disposition elle-même. Le montant de l'amende est établi par le *Code criminel* : le tribunal « peut, en remplacement de l'ordonnance [de confiscation], infliger au contrevenant une amende égale à la valeur du bien . . . ». Le texte est limpide. Le législateur a lui-même déterminé le montant de l'amende.

35 L'amende, comme le texte le dit, est égale à la valeur du bien. L'équivalence entre la valeur du bien et le montant de l'amende est d'ailleurs inhérente à la notion de « remplacement ». L'amende tient en effet lieu de confiscation. Pour qu'il s'agisse d'un véritable remplacement, la valeur doit être équivalente. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal s'applique et à la décision d'infliger ou non une amende et à la détermination de la valeur du bien. Ce processus doit s'appuyer sur la preuve et, lorsqu'il est complété, le tribunal ne peut pas prendre en considération la capacité de payer du contrevenant pour ne pas infliger l'amende ou pour en diminuer le montant.

36 Where, as in the instant case, a lengthy term of imprisonment is imposed, the impecuniosity of an offender may make it more difficult for him or her to pay the fine. However, the objective of deterrence pursued in Part XII.2 requires the court to look beyond the offender him or herself. Reducing the fine because of inability to pay is difficult to reconcile with the general objective of deterrence. Other provisions of the *Criminal Code* are not rendered inapplicable by Part XII.2 and may be applied if need be. I will discuss those provisions below.

37 Given the clear objective, the fact that the words are equally clear, and the counter-productive effects of taking ability to pay into consideration, I conclude that the court may not take ability to pay into account in determining the amount of the fine to be imposed instead of forfeiture.

38 An analysis of the broader context of the rules on sentencing leads to the same conclusion.

2.3 *Broad Context of the Rules on Sentencing*

39 I stated earlier that the provisions relating to the proceeds of crime are in addition to the other provisions of the *Criminal Code* and that forfeiture, or the fine instead of forfeiture, is imposed in addition to the sentence for the commission of the designated offence. Where the general rules set out in the *Criminal Code* are compatible with the specific provisions, they are applicable as well.

40 As part of the sentencing reform of 1996, Parliament required judges to take the ability of the accused to pay into account when imposing a fine: S.C. 1995, c. 22, s. 6. Not long after that reform, on May 20, 1998, the Quebec Court of Appeal decided *Savard*, in which it held that the imposition of a fine instead of forfeiture was subject to the ability to pay (at p. 568):

[TRANSLATION] I consider that Parliament used the word "*may*" in s-s. (3) of s. 462.37, because it wanted

Dans les cas où, comme en l'espèce, un emprisonnement prolongé est ordonné, l'impécuniosité d'un contrevenant peut rendre le paiement de l'amende plus difficile. L'objectif de dissuasion visé par les dispositions de la partie XII.2 commande cependant de regarder au-delà du contrevenant lui-même. La réduction de l'amende pour cause d'incapacité de payer est difficilement conciliable avec l'objectif de dissuasion générale. D'autres dispositions du *Code criminel* ne sont pas écartées par la partie XII.2 et peuvent au besoin être appliquées. Je traiterai de ces dispositions plus loin.

En présence d'un objectif clair, d'un texte tout aussi clair et des effets contre-productifs de la prise en considération de la capacité de payer, je conclus que le tribunal ne peut tenir compte de ce facteur dans l'établissement de l'amende qui sera infligée en remplacement de la confiscation.

L'analyse du contexte plus global des règles régissant la détermination de la peine mène à la même conclusion.

2.3 *Contexte global des règles régissant la détermination de la peine*

J'ai dit, plus tôt, que les dispositions sur les produits de la criminalité s'ajoutaient aux autres dispositions du *Code criminel* et que la confiscation ou l'amende remplaçant la confiscation s'ajoute à la peine liée à la commission de l'infraction désignée. Dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions particulières, les règles générales prévues au *Code criminel* sont applicables en sus des premières.

Lors de la réforme de 1996 portant sur la détermination de la peine, le Parlement a imposé aux juges l'obligation de tenir compte de la capacité de payer de l'accusé lorsqu'ils infligent une amende : L.C. 1995, ch. 22, art. 6. Peu de temps après cette réforme, le 20 mai 1998, la Cour d'appel du Québec rendait l'arrêt *Savard* et décidait que l'amende prévue en remplacement de la confiscation était assujettie à ce facteur (par. 26) :

J'estime que le législateur a utilisé le mot « peut » au par. (3) de l'art. 462.37, parce qu'il voulait que le

the court to give full effect to s-s. (2) of s. 734, which provides that the court may only impose a fine where it is satisfied that the offender is able to pay the fine or discharge it under s. 736.

Parliament did not accept that interpretation, and the following amendment was proposed (S.C. 1999, c. 5, s. 33(1)):

734. . . .

(2) Except when the punishment for an offence includes a minimum fine or a fine is imposed in lieu of a forfeiture order, a court may fine an offender under this section only if the court is satisfied that the offender is able to pay the fine or discharge it under section 736.

When the bill was moved for third reading, the parliamentary secretary to the Minister of Justice and Attorney General of Canada described the content of the amendments to the House of Commons (*House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998, at p. 9840):

The bill also contains a series of sentencing reforms. As with other amendments, the purpose is not to make fundamental changes to sentencing policy but to address certain specific concerns that have arisen with the sentencing reform bill, Bill C-41, which took effect in late 1996.

Bill C-41 created a number of general rules dealing with fines, conditional sentences and other measures. The application of the new general rules to specific provisions of the Criminal Code and other acts have had to be reconciled or adjusted in some cases as we begin to see how the various provisions are being applied by the courts. It is too early to consider any fundamental changes to the sentencing provisions but there are a number of areas that warrant refinement in our opinion.

For example the legislation will clarify the relationship between the new general rules governing fines and other specific punishments in the Criminal Code and other statutes. There has been some question about whether the fine provisions would have priority over punishment rules for specific offences. The proposed amendments will ensure that a specific fine imposed

tribunal donne plein effet au par. (2) de l'art. 734 *C. cr.*, qui prévoit que le tribunal ne peut infliger l'amende prévue à l'art. 734 que s'il est convaincu que le délinquant a la capacité de la payer ou de s'en acquitter en application de l'art. 736.

Cette interprétation n'a pas été acceptée par le Parlement et la modification suivante a été proposée (L.C. 1999, ch. 5, par. 33(1)) :

734. . . .

(2) Sauf dans le cas d'une amende minimale ou de celle pouvant être infligée au lieu d'une ordonnance de confiscation, le tribunal ne peut infliger l'amende prévue au présent article que s'il est convaincu que le délinquant a la capacité de la payer ou de s'en acquitter en application de l'article 736.

Lors de la présentation du projet de loi en troisième lecture, la secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada a informé la Chambre des communes du contenu des modifications (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 4 novembre 1998, p. 9840) :

Le projet de loi prévoit également une série de réformes de la détermination de la peine. À l'instar d'autres propositions de modification, l'objectif de ces propositions n'est pas d'apporter des changements fondamentaux à la politique de détermination de la peine, mais de régler certains problèmes survenus par suite de l'entrée en vigueur, à la fin de 1996, de la loi sur la réforme de la détermination de la peine, le projet de loi C-41 d'alors.

Le projet de loi C-41 prévoyait un certain nombre de dispositions relatives aux amendes, aux condamnations avec sursis et à d'autres mesures. L'application des nouvelles dispositions générales à des dispositions particulières du Code criminel et d'autres lois a dû être revue dans certains cas en fonction de l'interprétation qu'en ont fait les tribunaux. Il est trop tôt pour envisager des changements en profondeur aux dispositions sur la détermination de la peine, mais il y a un certain nombre de domaines qui nécessitent un rajustement à notre avis.

Par exemple, le projet de loi clarifiera la relation entre les nouvelles dispositions générales régissant les amendes et d'autres peines spécifiques du Code criminel et d'autres lois. Certains se sont demandé si les dispositions sur les amendes auraient priorité sur les règles concernant la punition pour des infractions particulières. Les modifications proposées feraient en sorte

pursuant to a specific offence provision has priority over the general rules. [Emphasis added.]

41 Comments made during the debate on a bill must of course be treated with caution. Sometimes, they represent no more than the opinion of the person who made them, and that opinion was not necessarily determinative of how members voted. The final text is the one that is submitted for consideration by the courts, which attempt to give it meaning by applying the rules of interpretation. Statements made during a debate are therefore merely one interpretative tool among many others. The weakness of such evidence is illustrated by the fact that one witness who testified before the legislative committee considering the proceeds of crime bill expressed the opinion that it was not necessary to make certain requested amendments because the courts were armed with a broad discretion. He then said that in his opinion a court could take the offender's ability to pay into consideration (comments of R. G. Mosley, then Senior General Counsel of the Department of Justice, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 9, June 1, 1988, at p. 9:27). In *Neves*, the judges of the majority and the minority interpreted that testimony in ways that were contradictory.

42 Nevertheless, I believe that in the case at bar, the chronology of events reinforces the above-quoted comments made in 1998 when the amendment to s. 734(2) was proposed. Those comments were made only a few months after May 20, 1998, when the Quebec Court of Appeal had delivered its decision in *Savard*. They make it clear that Parliament did not intend to have the general rules apply notwithstanding the specific rules. Rather, it intended that the specific provisions, in this case the determination of the amount of the fine on the basis of the value of the property, would prevail over the general provisions. To read s. 734(2) narrowly and to find that the court is neither required to take ability to pay into consideration nor prevented from doing so disregards both the words of s. 462.37(3)

qu'un[e] amende, imposée conformément à une disposition particulière, aurait priorité sur les règles générales. [Je souligne.]

Les commentaires faits à l'occasion des débats sur les projets de loi doivent certes être considérés avec circonspection. Ils ne constituent parfois que l'opinion de l'intervenant, opinion qui n'est pas nécessairement déterminante dans le vote des députés. Le texte final est celui qui est soumis à l'examen des tribunaux, qui s'efforcent de lui donner un sens en utilisant les règles d'interprétation. Les déclarations faites lors des débats ne sont donc qu'un outil parmi tous les autres. La fragilité d'une telle preuve est d'ailleurs illustrée par le fait qu'un témoin entendu lors de l'étude du projet de loi sur les produits de la criminalité par le Comité législatif a émis l'opinion qu'il n'était pas nécessaire d'apporter certaines des modifications demandées, étant donné que les tribunaux sont investis d'un grand pouvoir discrétionnaire. Il a alors dit être d'avis qu'un tribunal peut prendre en considération la capacité de payer du contrevenant (commentaires de R. G. Mosley, alors avocat général principal au ministère de la Justice, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule n° 9, 1er juin 1988, p. 9:27). Les juges majoritaires et minoritaires dans l'arrêt *Neves* interprètent d'ailleurs ce témoignage de façon contradictoire.

Je crois cependant que la chronologie des événements renforce en l'espèce les propos cités ci-dessus, qui ont été tenus en 1998 lors de la proposition de modification du par. 734(2). Ces commentaires ont été faits quelques mois seulement après le 20 mai 1998, date du prononcé de l'arrêt *Savard* de la Cour d'appel du Québec. Ils font clairement ressortir que le Parlement n'a pas voulu que les règles générales s'appliquent en dépit des dispositions particulières. Il a plutôt voulu que les dispositions particulières, en l'occurrence la détermination de l'amende en fonction de la valeur du bien, priment les dispositions générales. Le fait d'interpréter étroitement le par. 734(2) et de juger que le tribunal n'est pas tenu de prendre en considération la capacité de payer, mais qu'il n'en est

Cr. C. and the comments made at the time of the amendment of s. 734(2), which clearly preclude consideration of the ability to pay.

In s. 787 *Cr. C.*, Parliament used the expression "fine of not more than". Thus, that section clearly grants the judge a discretion to adjust the amount of the fine downward, based on the general criteria for individualizing sentences. In the case of s. 462.37(3), however, Parliament has provided that the fine must be "equal to the value of that property". These words are not open to interpretation.

In their ordinary sense, the words used in s. 462.37(3) mean that the judge must determine the value of the property and impose a fine equal to that value. When considered in conjunction with the general sentencing provisions, and in particular with s. 734(2), they must be interpreted as precluding consideration of the ability to pay. When considered in the context of the objective of deterrence and the intention to deprive offenders and criminal organizations of the proceeds of their crimes, s. 462.37(3) also precludes any decision based on the offender's ability to pay. In short, the judge has a discretion that is limited both by the words of the provision and by its context.

3. Time Limit for Payment and Issuance of Warrant of Committal

The time allowed for paying the fine and the conditions applicable to the issuance of a warrant of committal are not addressed in Part XII.2. The common law principles and the general sentencing provisions therefore apply on a suppletive basis.

In *R. v. Wu*, [2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73, at para. 31, the Court considered the terms of payment of a minimum fine. A fine that must be equivalent to the value of the property it represents is analogous to a minimum fine, except that it is even more restrictive. There can be no variation in the

par ailleurs pas empêché par la disposition, ne tient compte ni du texte du par. 462.37(3) *C. cr.* ni des commentaires formulés lors de la modification du par. 734(2), qui écartent clairement le critère de la capacité de payer.

43 À l'article 787 *C. cr.*, le législateur a utilisé l'expression « amende maximale ». Dans ce cas, le juge dispose clairement du pouvoir discrétionnaire de moduler à la baisse le montant de l'amende en fonction des critères généraux commandant l'individualisation de la peine. Le même législateur a toutefois précisé, au par. 462.37(3), que l'amende devait être « égale à la valeur du bien ». Ce texte ne prête pas à interprétation.

44 Lu suivant son sens ordinaire, le texte du par. 462.37(3) signifie que le juge doit évaluer le bien et infliger une amende égale à la valeur de celui-ci. Lu dans le contexte des dispositions générales sur la détermination de la peine, en particulier le par. 734(2), il doit être interprété comme ayant pour effet d'exclure la prise en considération de la capacité de payer. Replacé dans le contexte de l'objectif de dissuasion et de la volonté de priver les contrevenants et les organisations criminelles du produit de leurs crimes, le par. 462.37(3) écarte aussi toute décision fondée sur la capacité de payer du contrevenant. En somme, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité tant par le texte de la disposition que par le contexte.

3. Le délai de paiement et la délivrance du mandat d'incarcération

45 Le délai de paiement de l'amende et les conditions assortissant la délivrance du mandat d'incarcération ne sont pas des questions traitées à la partie XII.2. Les principes de common law et les dispositions générales régissant la détermination de la peine s'appliquent donc à titre supplétif.

46 Dans *R. c. Wu*, [2003] 3 R.C.S. 530, 2003 CSC 73, par. 31, la Cour s'est penchée sur les modalités de paiement d'une amende minimale. Une amende dont le montant doit être égal à la valeur du bien qu'elle remplace est analogue à une amende minimale, sauf qu'elle est plus restrictive encore. En

amount of the fine, which is not only a minimum, but also a maximum.

47 In *Wu*, the Court reviewed a few principles recognized by the common law, including the following: (1) "[i]f it is clear that the offender does not have the means to pay immediately, he or she should be given time to pay", and (2) "[t]he time should be what is reasonable in all the circumstances" (para. 31). These general principles apply with equal force to a fine instead of forfeiture. While the court that imposes the fine has no discretion to vary the amount of the fine based on ability to pay, the ability to pay may nonetheless be taken into consideration in determining the time limit for payment. In addition, under s. 734.7(1)(*b*) *Cr. C.*, when the time allowed for payment of the fine instead of forfeiture has expired, the court asked to issue a warrant of committal may not do so unless it is satisfied that the offender has, without reasonable excuse, refused to pay the fine. According to *Wu*, failure to pay because of poverty cannot be equated to refusal to pay. The same factors do not apply at the various stages — the decision to impose the fine, the determination of the value of the property and the setting of a time limit — and these stages must not be confused.

48 Accordingly, while ability to pay may not be taken into consideration by the court either in deciding to impose a fine instead of forfeiture or in determining the amount of the fine, it nonetheless comes into play at later stages that are not affected by the specific provisions relating to the proceeds of crime.

4. Application to the Facts

49 The trial judge clearly believed that the instant case was one in which deterrence was of particular importance:

[TRANSLATION] In light of the cases cited above, and based on the trend in the contemporary case law in cases of this nature involving a highly structured organization, it appears that the criteria of

effet, le montant de cette amende ne peut varier, il s'agit non seulement d'un minimum mais aussi d'un maximum.

Dans *Wu*, la Cour a rappelé quelques principes généraux reconnus par la common law, notamment que (1) « [s]i le délinquant n'a de toute évidence pas les moyens de payer sa dette immédiatement, le tribunal doit lui accorder un délai pour l'acquitter » et que (2) « [c]e délai devrait être établi selon ce qui est raisonnable eu égard à toutes les circonstances » (par. 31). Ces principes généraux s'appliquent tout autant à l'amende de remplacement. Si le tribunal qui inflige l'amende n'a pas discrétion pour faire varier le montant de l'amende en fonction de la capacité de payer, ce facteur peut tout de même être pris en considération dans la détermination du délai de paiement. De plus, aux termes de l'al. 734.7(1)*b*) *C. cr.*, lorsque le délai imparti pour payer l'amende de remplacement est expiré, le tribunal appelé à délivrer le mandat d'incarcération ne peut le faire que s'il est convaincu que le contrevenant a, sans excuse raisonnable, refusé de payer l'amende. Selon l'arrêt *Wu*, le défaut de paiement pour cause d'indigence ne saurait être assimilé à un refus de payer. Les différentes étapes — soit la décision d'infliger l'amende, la détermination de la valeur du bien et la fixation du délai — ne sont pas assujetties aux mêmes conditions et ne doivent pas être confondues.

En conséquence, si la capacité de payer ne peut être prise en considération par le tribunal ni pour décider d'infliger une amende de remplacement ni pour fixer le montant de celle-ci, ce facteur intervient tout de même aux étapes ultérieures qui ne sont pas touchées par les dispositions particulières sur les produits de la criminalité.

4. Application aux faits

En l'espèce, le juge de première instance a clairement estimé qu'il s'agissait d'un cas où la dissuasion prenait une importance particulière :

À la lueur des causes précédemment mentionnées et en s'appuyant sur l'orientation de la jurisprudence contemporaine en pareille matière, impliquant une organisation très bien structurée, il appert que les

deterrence and denunciation are of particular importance. [para. 33]

He also concluded that the respondent had received the proceeds of his crime and had squandered part of them:

[TRANSLATION] The accused received substantial sums of money, but the evidence does not show that he still has all that money in his possession. He has certainly squandered a large part of it on gifts, presents and a variety of purchases. [para. 53]

It cannot be concluded from these circumstances that it was open to the judge not to impose a fine instead of forfeiture. Because he had determined the value of the proceeds of the crime to be $150,000, he should have imposed a fine in that amount.

5. Conclusion

The provisions relating to proceeds of crime are specific rules that partially preclude the application of the general rules on sentencing. Taking ability to pay into consideration is not compatible with the objectives of the provisions at either the stage when the decision to impose a fine instead of forfeiture is made or the stage when the amount of the fine is determined. However, the court must have regard to the ability to pay when determining the time limit for paying it.

In the case at bar, the trial judge allowed 12 months to pay the fine of $20,000 that he had imposed. The determination of the time limit is based on the offender's particular circumstances. No submissions were made to the Court concerning time for payment or the term of imprisonment that would apply in the event of a failure to pay the fine. The case must therefore be remanded to the trial court to determine those times.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the orders of the Court of Appeal and the Court of Québec as regards the fine, and sentence the respondent to pay a fine of $150,000 instead of forfeiture, and I would remand the case to the Court

critères de dissuasion et de dénonciation prennent une importance particulière. [par. 33]

Il a aussi conclu que l'intimé a bénéficié des produits de son crime et qu'il en aurait dilapidé une partie : 50

L'accusé a bénéficié de sommes d'argents substantielles, mais la preuve ne démontre pas qu'il possède encore toutes ces sommes d'argent. Il en a certainement dilapidé une bonne partie en dons, cadeaux et achats divers. [par. 53]

Ces circonstances ne permettent pas de conclure que le juge pouvait refuser d'infliger l'amende de remplacement. Comme il a évalué la valeur des produits de la criminalité à 150 000 $, il aurait dû fixer l'amende à ce montant. 51

5. Conclusion

Les dispositions sur les produits de la criminalité constituent des règles particulières qui écartent partiellement les règles générales concernant la détermination de la peine. La prise en considération de la capacité de payer n'est pas compatible avec les objectifs visés par ces dispositions, ni à l'étape de la décision d'infliger l'amende de remplacement ni à celle de la détermination du montant de l'amende. Le tribunal doit cependant tenir compte de ce facteur lorsqu'il fixe le délai de paiement de celle-ci. 52

En l'espèce, le juge de première instance a accordé un délai de 12 mois pour payer une amende qu'il avait établie à 20 000 $. La fixation du délai est fonction des circonstances particulières du contrevenant. Aucune observation n'a été présentée à la Cour relativement au délai de paiement et à la période d'emprisonnement applicable en cas de défaut de paiement de l'amende. Le dossier doit donc être renvoyé au tribunal de première instance pour détermination de ces délais. 53

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'infirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel et celle de la Cour du Québec concernant l'amende, je condamnerais l'intimé à une amende de 150 000 $ en remplacement de la confiscation et je renverrais le 54

of Québec to determine the time limit for payment and the term of imprisonment that will apply in the event of a failure to pay the fine.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Montréal.

dossier à la Cour du Québec pour détermination du délai de paiement et de la période d'emprisonnement applicable en cas de défaut de paiement de l'amende.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Montréal.

David Chaisson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CHAISSON

Neutral citation: 2006 SCC 11.

File No.: 31155.

2006: March 15; 2006: March 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Appeals — Findings of fact — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and entering conviction — Whether Court of Appeal impermissibly substituted its own findings of fact for those of trial judge.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Unreasonable search or seizure — Right to counsel — Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).

A police officer observed the accused sitting in a darkened car with another person. The officer noted that the accused and the passenger reacted with shock when they noticed his presence. He also saw, or thought he saw, the accused throw something to the other side of the car. Suspecting that there were drugs in the car, the officer told the occupants to get out of their car but did not read them their rights. He noticed a bag of marijuana in the car and arrested the accused. At the police station, the officer cautioned him and read him his rights. The trial judge acquitted the accused on a charge of possession of marijuana for the purpose of trafficking. The trial judge found that the accused's rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated, and excluded the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The Court of Appeal entered a conviction, concluding that only s. 10(*b*) had been violated and that this violation did not warrant exclusion of the evidence.

David Chaisson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* CHAISSON

Référence neutre : 2006 CSC 11.

N[o] du greffe : 31155.

2006 : 15 mars; 2006 : 30 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Appels — Conclusions de fait — Cour d'appel annulant l'acquittement de l'accusé et le remplaçant par une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle substitué d'une façon qui ne saurait être permise ses propres conclusions de fait à celles du juge du procès?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion d'éléments de preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10b), 24(2).

Un policier observait l'accusé, qui était assis dans une voiture sombre avec une autre personne. Il a constaté que l'accusé et le passager ont réagi avec stupeur lorsqu'ils se sont aperçus de sa présence. Il a aussi vu, ou a cru voir, l'accusé jeter quelque chose de l'autre côté de la voiture. Soupçonnant qu'il y avait de la drogue dans la voiture, il a dit aux occupants de sortir de leur voiture, mais il ne les a pas informés de leurs droits. Il a remarqué un sac de marijuana dans la voiture et a mis l'accusé en état d'arrestation. À la station de police, il lui a fait une mise en garde et l'a informé de ses droits. Le juge du procès l'a acquitté de l'accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic. Il a conclu à une violation des droits garantis à l'accusé par les art. 8 et 9, et l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en application du par. 24(2) de la *Charte*, a exclu la preuve attaquée. La Cour d'appel a prononcé une déclaration de culpabilité, concluant que seul l'al. 10*b*) a été violé et que cette violation ne justifiait pas l'exclusion de la preuve.

Held: The appeal should be allowed and the acquittal restored.

The Court of Appeal impermissibly substituted its own findings of fact for those of the trial judge. The trial judge was entitled, on the facts as he found them, to conclude that the accused's *Charter* rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) had been violated, and he committed no reviewable error in concluding that the cumulative effect of these violations warranted exclusion of the impugned evidence under s. 24(2). [7]

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(*b*), 24(2).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(2).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Wells C.J.N.L. and Cameron and Welsh JJ.A.) (2005), 249 Nfld. & P.E.I.R. 252, 743 A.P.R. 252, 200 C.C.C. (3d) 494, [2005] N.J. No. 277 (QL), 2005 NLCA 55, setting aside an acquittal and entering a conviction. Appeal allowed.

Kenneth James Mahoney, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *James C. Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 FISH J. — The appellant, David Chaisson, was acquitted by Judge Rorke of the Provincial Court of Newfoundland and Labrador, on a charge of possession of marijuana for the purpose of trafficking, contrary to s. 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. On an appeal by the Crown, the Court of Appeal for Newfoundland and Labrador set aside the acquittal and entered a conviction instead ((2005), 249 Nfld. & P.E.I.R. 252). Mr. Chaisson now appeals, as of right, against that judgment.

2 The marijuana in question was discovered by a police officer whose suspicions were aroused when he noticed the appellant and a passenger sitting in

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'acquittement est rétabli.

La Cour d'appel a substitué ses propres conclusions de fait à celles du juge du procès d'une manière qui ne saurait être permise. Le juge du procès avait le droit, vu les faits constatés, de conclure qu'il y a eu violation des droits garantis à l'accusé par les art. 8 et 9, et l'al. 10*b*) de la *Charte* et il n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision en concluant que l'effet cumulatif de ces violations justifiait l'exclusion de la preuve attaquée, en application du par. 24(2). [7]

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10*b*), 24(2).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Wells et les juges Cameron et Welsh) (2005), 249 Nfld. & P.E.I.R. 252, 743 A.P.R. 252, 200 C.C.C. (3d) 494, [2005] N.J. No. 277 (QL), 2005 NLCA 55, qui a annulé un verdict d'acquittement et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli.

Kenneth James Mahoney, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *James C. Martin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH — L'appelant, David Chaisson, a été acquitté par le juge Rorke, de la Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, d'une accusation de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic, en violation du par. 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Dans le cadre de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a annulé l'acquittement et l'a remplacé par une déclaration de culpabilité ((2005), 249 Nfld. & P.E.I.R. 252). M. Chaisson se pourvoit maintenant de plein droit contre ce jugement.

La marijuana en question a été découverte par un policier dont les soupçons ont été éveillés lorsqu'il a remarqué l'appelant et un passager, assis

a darkened automobile behind a closed service station. The service station was adjacent to a restaurant that had just closed and to another that was open. The officer approached the parked automobile in his unlit cruiser. He stated that its occupants reacted with shock when they noticed his presence.

dans une voiture sombre stationnée derrière une station-service qui était fermée. La station-service était adjacente à un restaurant qui venait de fermer et à un autre qui était ouvert. Le policier s'est approché de la voiture dans son auto-patrouille phares éteints. Il a déclaré que les occupants du véhicule ont réagi avec stupeur lorsqu'ils se sont aperçus de sa présence.

The trial judge, after summarizing the evidence adduced before him, made the following findings of fact:

Après avoir résumé la preuve qui lui a été présentée, le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes : 3

The officer also says that he saw the accused throw something or thought he saw him throw something to the other side of the car and I think at that point based on everything he came to the conclusion that there was something illegal going on in the car, probably a drug – if not a drug transaction then at least a drug use. And at that point he made what I think in all the circumstances was a decision that was based on determining whether or not there was any drugs in that car and if so, getting his mitts on it. He got out of the police car, he told these gentlemen to get out of their car, he didn't warn them, he didn't caution them, he didn't give them their rights, he just told them to get out of the car and the passenger got out first and subsequently the defendant got out. After the passenger got out he saw a bag of marijuana on the floor of the car on the passenger side and that being so he had the two men on the hood of the car. He took the defendant over and put him in the back of the police car, told him he was under arrest for possession, didn't caution him, didn't give him his rights, went back, called for backup who quickly arrived and took the other man into custody. Subsequently he took the accused back to the police station. He tells us that he cautioned him, gave him his rights.

[TRADUCTION] Le policier dit aussi qu'il a vu l'accusé jeter quelque chose ou a cru le voir jeter quelque chose de l'autre côté de la voiture, et je pense qu'à ce moment-là, tout bien considéré, il a conclu qu'il se passait quelque chose d'illégal dans la voiture, probablement quelque chose lié à la drogue – sinon une transaction de drogues, du moins une consommation de drogues. Et, à ce moment-là, il a pris ce que j'estime être, compte tenu de toutes les circonstances, une décision fondée sur la question de savoir s'il y avait ou non de la drogue dans la voiture et, dans l'affirmative, sur le fait qu'il voulait mettre la main dessus. Il est sorti de l'auto-patrouille, il a dit à ces hommes de sortir de la voiture, il n'a pas fait de mises en garde, il ne les a pas informés de leurs droits, il leur a seulement dit de sortir de la voiture, et le passager est sorti le premier, suivi du défendeur. Après que le passager est sorti, il a vu un sac de marijuana sur le plancher du côté du passager et, cela étant, il a plaqué les deux hommes contre le capot de la voiture. Il a fait monter le défendeur sur la banquette arrière de l'auto-patrouille, lui a dit qu'il était en état d'arrestation pour possession, n'a pas fait de mise en garde, ne l'a pas informé de ses droits, est retourné et a appelé du renfort, qui n'a pas tardé à arriver sur les lieux et à mettre l'autre homme sous garde. Ensuite, il a emmené l'accusé au poste de police. Il nous dit qu'il a fait une mise en garde à l'accusé et qu'il l'a informé de ses droits.

On the facts as he found them, the trial judge concluded that the appellant's rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. The appellant's detention was arbitrary and, "but for the detention the marijuana [found by the police officer] on the floor [of the appellant's automobile] would not have been discovered and but for the marijuana on the floor being discovered, there would have been no right to arrest these men". And but for the discovery of

Au vu des faits constatés, le juge du procès a conclu à une violation des droits garantis à l'appelant par les art. 8 et 9, et l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sa détention était arbitraire et, [TRADUCTION] « n'eût été la détention, la marijuana [trouvée par le policier] sur le plancher [de l'automobile de l'appelant] n'aurait pas été découverte et, n'eût été cette découverte, le policier n'aurait pas été en droit d'arrêter ces hommes ». Et, répète le juge du procès, n'eût été la découverte de 4

the marijuana on the floor, the trial judge reiterated, there would have been no reasonable basis for a search of the vehicle and for the resulting arrest of its occupants. Bearing in mind the cumulative impact of these violations on the appellant's constitutional rights, the trial judge excluded, under s. 24(2) of the *Charter*, the marijuana found in his car and entered an acquittal.

5 The arresting officer, we note in passing, stated that his purpose in telling the appellant and his passenger to leave the car was to search it though he thought that he did not have the legal authority to require them to do so.

6 On its appeal to the Court of Appeal, the Crown, in response to a question by the Chief Justice of Newfoundland and Labrador, acknowledged that "there is . . . a breach of the Charter in the sense of detention, arbitrary detention [section 9]" and agreed as well that "there is a breach of the Charter in the sense of . . . section 8 [unreasonable search or seizure]" (Appellant's Record, at p. 163). This concession by the Crown was, of course, not binding on the Court of Appeal. And the court held notwithstanding the Crown's concession that there had been no breach of the appellant's rights under ss. 8 and 9, but that his right to counsel under s. 10(*b*) had been violated. The court concluded that this violation alone, in view of all the circumstances, did not warrant exclusion of the evidence under s. 24(2). Accordingly, the court set aside the acquittal entered by the trial judge and substituted a conviction.

7 We are all of the view that the Court of Appeal erred in concluding as it did. With respect, we are satisfied that the trial judge was entitled, on the facts as he found them, to conclude that the appellant's rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) of the *Charter* had been violated. We are satisfied as well that the trial judge committed no reviewable error in concluding that the cumulative effect of these violations warranted exclusion of the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter*. In reaching a contrary conclusion, the Court of Appeal impermissibly recast the

la marijuana sur le plancher, il n'y aurait pas eu de fondement raisonnable pour fouiller le véhicule et pour arrêter ensuite ses occupants. Considérant l'effet cumulatif de ces violations sur les droits constitutionnels de l'appelant, le juge du procès a exclu, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la marijuana trouvée dans la voiture et a prononcé un acquittement.

Notons en passant que le policier qui a procédé à l'arrestation a déclaré que son objectif, en demandant à l'appelant et à son passager de sortir de la voiture, était de fouiller celle-ci même s'il croyait qu'il n'était légalement habilité à ce faire.

En appel devant la Cour d'appel, le ministère public, en réponse à une question du juge en chef de Terre-Neuve-et-Labrador, a reconnu qu'il y a [TRADUCTION] « violation de la Charte, au sens de détention, d'emprisonnement arbitraires [art. 9] », et [TRADUCTION] « violation de la Charte au sens de [. . .] l'art. 8 [fouilles, perquisitions ou saisies abusives] » (dossier de l'appelant, p. 163). Cette concession du ministère public ne liait évidemment pas la Cour d'appel. Celle-ci, a malgré tout, décidé qu'il n'y avait pas eu de violation des droits garantis à l'appelant par les art. 8 et 9, mais qu'il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*). Elle a conclu que cette violation à elle seule, compte tenu de toutes les circonstances, ne justifiait pas l'exclusion de la preuve en application du par. 24(2). En conséquence, elle a annulé l'acquittement prononcé par le juge du procès et l'a remplacé par une déclaration de culpabilité.

Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel a fait erreur dans ses conclusions. En toute déférence, nous sommes convaincus que le juge du procès avait le droit, vu les faits constatés, de conclure qu'il y a eu violation des droits garantis à l'appelant par les art. 8 et 9, et l'al. 10*b*) de la *Charte*. Nous sommes également convaincus que le juge du procès n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision lorsqu'il a conclu que l'effet cumulatif de ces violations justifiait l'exclusion de la preuve attaquée, en application du par. 24(2) de la *Charte*.

issues by substituting its own findings of fact for those of the trial judge.

In the result, the appeal is allowed and the verdict of acquittal entered by the trial judge is restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Baker Mahoney Law Firm, St. John's.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

Tirant une conclusion contraire, la Cour d'appel a redéfini d'une manière qui ne saurait être permise les questions en litige en substituant ses propres conclusions de fait à celles du juge du procès.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et le verdict d'acquittement prononcé par le juge du procès est rétabli. 8

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Baker Mahoney Law Firm, St. John's.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Vancouver.

City of Lévis *Appellant*

v.

Louis Tétreault *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

- and -

City of Lévis *Appellant*

v.

2629-4470 Québec inc. *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

Ville de Lévis *Appelante*

c.

Louis Tétreault *Intimé*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

- et -

Ville de Lévis *Appelante*

c.

2629-4470 Québec inc. *Intimée*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

INDEXED AS: LÉVIS (CITY) *v.* TÉTREAULT; LÉVIS (CITY) *v.* 2629-4470 QUÉBEC INC.

Neutral citation: 2006 SCC 12.

File Nos.: 30380, 30381.

2005: October 21; 2006: April 13.

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

RÉPERTORIÉ : LÉVIS (VILLE) *c.* TÉTREAULT; LÉVIS (VILLE) *c.* 2629-4470 QUÉBEC INC.

Référence neutre : 2006 CSC 12.

N[os] du greffe : 30380, 30381.

2005 : 21 octobre; 2006 : 13 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Provincial offences — Highway safety — Nature of offences — Strict or absolute liability — Putting motor vehicle back into operation without having paid required registration fees — Operating motor vehicle without having paid fees to renew driver's licence — Whether ss. 31.1 and 93.1 of Highway Safety Code create strict liability offences — If so, whether defence of due diligence made out — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 31.1, 93.1.

Provincial offences — Defences — Officially induced error — Putting motor vehicle back into operation

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Infractions provinciales — Sécurité routière — Nature des infractions — Responsabilité stricte ou absolue — Mise en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Conduite d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits de renouvellement du permis de conduire — Les articles 31.1 et 93.1 du Code de la sécurité routière créent-ils des infractions de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la défense de diligence raisonnable a-t-elle été établie? — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 31.1, 93.1.

Infractions provinciales — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Mise

without having paid required registration fees — Accused claiming to have been misled by erroneous information obtained from official regarding procedure for paying fees relating to registration — Whether defence of officially induced error available in Canadian criminal law — If so, whether accused establishing that conditions under which this defence available have been met.

Criminal law — Defences — Officially induced error — Constituent elements of defence and conditions under which it available.

The respondent company, which is charged with operating a motor vehicle for which the fees relating to its registration had not been paid, raised the defences of due diligence and officially induced error, alleging that a representative of the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ") had had it pay registration fees corresponding to a 15-month period and had told it that a renewal notice would be sent to it before the period expired. Because of an error, the SAAQ sent the notice to the company with an incomplete address and the postal service returned it to the sender. As for the respondent T, who is charged with driving a motor vehicle without a valid driver's licence, he raised the defence of due diligence, stating that he was unaware that the date appearing on his licence was the date the licence expired rather than a payment due date. The Municipal Court of the city of Lévis found that ss. 31.1 (registration) and 93.1 (driver's licence) of the *Highway Safety Code* create strict liability offences and, accepting their due diligence defence, acquitted the company and T. The Superior Court upheld the acquittals, and the Court of Appeal dismissed the city's applications for leave to appeal.

Held: The appeals should be allowed.

The alleged offences belong to the category of strict liability offences. Section 93.1 does not place the burden of proving *mens rea* on the prosecution and includes no expression of the legislature's intent to create an absolute liability offence. Nor can such an intent be inferred from the scheme of this provision, which seeks to ensure that the requirements of the regulation of highway safety are met by monitoring drivers' licences without it being necessary to deprive an accused of a due diligence defence. A strict liability scheme responds adequately to the concern to ensure that vehicle operators are aware of their legal obligations and, in particular, of their duty to do what is necessary to ensure that their licences remain valid and to drive only while they are

en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Accusée prétendant avoir été victime de l'information erronée qu'elle aurait reçue d'un fonctionnaire au sujet de la procédure de paiement des droits relatifs à l'immatriculation — La défense d'erreur provoquée par une personne en autorité est-elle recevable en droit pénal canadien? — Dans l'affirmative, l'accusée a-t-elle démontré que les conditions d'application de cette défense ont été remplies?

Droit criminel — Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Éléments constitutifs et conditions d'ouverture de la défense.

La compagnie intimée, qui est accusée d'avoir conduit une automobile dont les droits relatifs à son immatriculation n'avaient pas été payés, invoque la défense de diligence raisonnable et la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité en alléguant qu'un représentant de la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ ») lui a fait payer 15 mois de droits d'immatriculation et lui aurait expliqué qu'un avis de renouvellement lui serait envoyé avant l'expiration de ce délai. Par suite d'une erreur, la SAAQ lui a envoyé un avis adressé incomplètement, que la poste a renvoyé à l'expéditeur. Quant à l'intimé T, qui est accusé d'avoir conduit une automobile sans détenir un permis de conduire valide, il plaide la diligence raisonnable en affirmant qu'il ignorait que la date inscrite sur son permis était la date de son expiration et non celle de l'exigibilité d'un paiement. La Cour municipale de la Ville de Lévis conclut que les art. 31.1 (immatriculation) et 93.1 (permis de conduire) du *Code de la sécurité routière* créent des infractions de responsabilité stricte et, acceptant leur défense de diligence raisonnable, elle acquitte la compagnie et T. La Cour supérieure confirme les acquittements et la Cour d'appel rejette les demandes d'autorisation de pourvoi de la ville.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

Les infractions reprochées appartiennent à la catégorie des infractions de responsabilité stricte. Le texte de l'art. 93.1 n'impose pas au poursuivant le fardeau de démontrer l'existence de la *mens rea* et ne comporte aucune expression d'une volonté législative de créer un régime de responsabilité absolue. Une telle volonté ne saurait s'induire non plus de l'économie de cette disposition, qui veut assurer le respect des exigences du contrôle de la sécurité routière par la surveillance des permis de conduire, sans qu'il soit nécessaire de priver un prévenu de toute défense de diligence raisonnable. Un régime de responsabilité stricte répond d'ailleurs adéquatement au souci de rendre le conducteur d'automobile conscient de ses obligations légales, notamment de son devoir de faire

valid. Nor does s. 31.1, as it is worded, create an absolute liability offence. Absent a clear indication of the legislature's intent, the offence must be categorized as one of strict liability. The same factors apply as in the case of the obligation to have a valid driver's licence when operating a motor vehicle, and they justify the availability of a due diligence defence. [7] [29] [31]

The due diligence defence raised by the company and by T has not been made out. The concept of diligence is based on the acceptance of a citizen's civic duty to take action to find out what his or her obligations are. Passive ignorance is not a valid defence in criminal law. In his case, T did no more than state that he expected to receive a renewal notice for his licence and that he had confused the licence expiry date with the due date for paying the fees required to keep the licence valid. He proved no action or attempt to obtain information. The same is true of the company, which did nothing even though it was aware of the date when the fees relating to the registration of its vehicle would be due. As for the defence of officially induced error, although it is available in Canadian criminal law, the company has not established that the conditions under which it is available have been met. The issues the company raised with the SAAQ's representative related at most to administrative practices, not to the legal obligation to pay the fees by the prescribed date. Two fundamental conditions that must be met for this defence to be available were therefore missing: the company could not have considered the legal consequences of its conduct on the basis of advice from the official in question, nor could it have acted in reliance on that opinion, since no information regarding the nature and effects of the relevant legal obligations had been requested or obtained. [2] [30] [32-34]

Cases Cited

Applied: *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; **considered:** *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Larivière* (2000), 38 C.R. (5th) 130; *Maitland Valley Conservation Authority v. Cranbrook Swine Inc.* (2003), 64 O.R. (3d) 417; *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295.

les démarches nécessaires pour maintenir son permis en vigueur et de ne conduire que pendant la période de validité de celui-ci. La rédaction de l'art. 31.1 ne crée pas, non plus, une infraction de responsabilité absolue. À défaut d'indication claire de la volonté législative, elle doit être rangée parmi les infractions de responsabilité stricte. Les mêmes facteurs que dans le cas de l'obligation de conduire en possession d'un permis en vigueur sont pertinents et justifient l'admissibilité d'une défense de diligence raisonnable. [7] [29] [31]

La défense de diligence raisonnable invoquée par la compagnie et T n'a pas été établie. Le concept de diligence repose sur l'acceptation d'un devoir de responsabilité du citoyen de chercher activement à connaître les obligations qui lui sont imposées. L'ignorance passive ne constitue pas un moyen de défense valable en droit pénal. En l'espèce, T s'est contenté d'affirmer qu'il s'attendait à recevoir un avis de renouvellement de son permis et qu'il avait confondu date d'expiration du permis et date d'exigibilité des droits payables pour le maintenir en vigueur. Il n'a justifié d'aucune démarche ou tentative de se renseigner. Il en va de même pour la compagnie qui est demeurée passive même si elle connaissait la date à laquelle les droits relatifs à l'immatriculation de son véhicule viendraient à échéance. Quant à la défense d'erreur causée par une personne en autorité, bien qu'elle soit recevable en droit pénal canadien, la compagnie n'a pas démontré que les conditions d'application de cette défense ont été remplies. Les questions que la compagnie a posées au représentant de la SAAQ portaient tout au plus sur la pratique administrative, mais non sur l'obligation légale de payer les droits à la date prévue. Deux conditions fondamentales pour la reconnaissance de cette défense faisaient donc défaut : la compagnie ne pouvait avoir considéré les conséquences juridiques de son comportement sur la base d'un avis du fonctionnaire en question, ni agi sur la base de cette opinion, puisque aucune information n'avait été demandée ni obtenue sur la nature des obligations légales pertinentes et sur leurs effets. [2] [30] [32-34]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; **arrêt examiné :** *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55; **arrêts mentionnés :** *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44; *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Larivière* (2000), 38 C.R. (5th) 130; *Maitland Valley Conservation Authority c. Cranbrook Swine Inc.* (2003), 64 O.R. (3d) 417; *R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1, arts. 60, 231, 366.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 19.
Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 31.1, 59, 93.1, 141.

Authors Cited

Létourneau, Gilles, et Pierre Robert. *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 6e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

APPEALS from the refusal of the Quebec Court of Appeal (Dussault J.A.), [2004] Q.J. No. 4541 (QL), [2004] Q.J. No. 4540 (QL), to grant leave to appeal from judgments of Desjardins J., SOQUIJ AZ-50226154, [2004] Q.J. No. 2571 (QL), affirming the acquittals of the respondents. Appeals allowed.

Martin Bouffard, for the appellant.

No one appeared for the respondent Louis Tétreault.

Christian Desrosiers and *Hélène Maillette*, for the respondent 2629-4470 Québec inc.

Michel F. Denis and *Bernard Mandeville*, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

In these two cases, the city of Lévis ("city") is appealing acquittals entered by the Municipal Court of Lévis on charges brought against the respondents under the *Highway Safety Code*, R.S.Q., c. C-24.2 ("*Safety Code*"), in accordance with the *Code of Penal Procedure*, R.S.Q., c. C-25.1 ("*C.P.P.*"). The city submits that the relevant provisions of the *Safety Code* create absolute liability offences. In the alternative, it submits that even if these offences can be

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 19.
Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 31.1, 59, 93.1, 141.
Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1, art. 60, 231, 366.

Doctrine citée

Létourneau, Gilles, et Pierre Robert. *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 6e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

POURVOIS contre le refus de la Cour d'appel du Québec (le juge Dussault), [2004] J.Q. nº 4541 (QL), [2004] J.Q. nº 4540 (QL), d'autoriser les appels de décisions du juge Desjardins, SOQUIJ AZ-50226154, [2004] J.Q. nº 2571 (QL), qui ont confirmé les acquittements des intimés. Pourvois accueillis.

Martin Bouffard, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé Louis Tétreault.

Christian Desrosiers et *Hélène Maillette*, pour l'intimée 2629-4470 Québec inc.

Michel F. Denis et *Bernard Mandeville*, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

Dans ces deux pourvois, la Ville de Lévis (« Ville ») interjette appel des acquittements prononcés par la Cour municipale de Lévis à l'égard d'accusations portées contre les intimés en vertu du *Code de la sécurité routière*, L.R.Q., ch. C-24.2 (« *Code de sécurité* »), et conformément au *Code de procédure pénale*, L.R.Q., ch. C-25.1 (« *C.p.p.* »). La Ville plaide que les dispositions pertinentes du *Code de sécurité* créent des infractions de

considered strict liability offences, the respondents have failed to demonstrate that they exercised due diligence. Consequently, this Court should allow the appeals and enter convictions.

2 For the reasons that follow, I consider the appeals to be well founded. The offences in question must be considered strict liability offences, but the respondents have not shown that they exercised due diligence. Moreover, in my view, although the defence of officially induced error is available in criminal law, the respondent did not make it out in the matter of *City of Lévis v. 2629-4470 Québec inc.*

II. Origin of the Cases

3 On April 25, 2002, a statement of offence was issued to 2629-4470 Québec inc. (the "company") for putting a motor vehicle back into operation without having paid the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ") the registration fees required to retain the right to drive it, contrary to s. 31.1 of the *Safety Code*. At trial, the respondent explained that it had purchased the vehicle on January 17, 2001. The former owner had paid the registration fees up to March 31, 2001. After the company purchased the vehicle, its representative registered the vehicle at an SAAQ office. The SAAQ reimbursed the former owner for the registration fees relating to the period from January 17 to March 31, 2001, and transferred these remaining fees for the year in progress to the company's account. The company then paid the remaining fees and, as recommended by an SAAQ employee, also paid the registration fees for the following year, that is, for a total of approximately 15 months up to March 31, 2002. The company's representative testified that the SAAQ employee had told him he would receive a renewal notice approximately 60 days before the expiry date, March 31, 2002. The registration certificate issued to the respondent indicated an expiry date of March 31, 2002. On or about January 18, 2002, the SAAQ sent a renewal

responsabilité absolue. Subsidiairement, même si on considère ces infractions comme des infractions de responsabilité stricte, selon ses prétentions, les intimés n'ont pas réussi à démontrer leur diligence raisonnable. En conséquence, notre Cour devrait accueillir les appels et prononcer des déclarations de culpabilité.

Pour les motifs que j'expose maintenant, je conclus que les appels sont bien fondés. Les infractions en cause doivent être considérées comme des infractions de responsabilité stricte, mais les intimés n'ont pas démontré qu'ils avaient fait preuve d'une diligence raisonnable. Par ailleurs, à mon avis, bien qu'elle soit recevable en droit pénal, la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité n'a pas été établie par l'intimée dans le dossier *Ville de Lévis c. 2629-4470 Québec inc.*

II. L'origine des litiges

La compagnie 2629-4470 Québec inc. (la « compagnie ») a reçu, le 25 avril 2002, un constat d'infraction lui reprochant d'avoir remis un véhicule automobile en circulation sans avoir payé à la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ ») les droits d'immatriculation exigés pour conserver le droit de le faire circuler, contrairement à l'art. 31.1 du *Code de sécurité*. Au procès, l'intimée a expliqué qu'elle avait acheté le véhicule le 17 janvier 2001. Le propriétaire antérieur avait payé les droits d'immatriculation jusqu'au 31 mars 2001. Après l'achat du véhicule, le représentant de la compagnie procéda à son immatriculation à un bureau de la SAAQ. Celle-ci remboursa au propriétaire antérieur les droits d'immatriculation pour la période du 17 janvier au 31 mars 2001 et transféra ces frais résiduels pour l'année en cours au compte de la compagnie. La compagnie paya alors les frais résiduels en plus d'acquitter, sur la recommandation d'un préposé de la SAAQ, les droits d'immatriculation de l'année suivante, pour un total d'environ 15 mois, jusqu'au 31 mars 2002. Selon le témoignage du représentant de la compagnie, le fonctionnaire lui expliqua qu'il recevrait un avis de renouvellement environ 60 jours avant l'échéance du 31 mars 2002. Le certificat d'immatriculation remis à l'intimée indiquait qu'il expirait

notice to the company's civic address, but it did not indicate the apartment number even though it had this information on file. As a result, the postal service did not deliver the notice, which it returned to the SAAQ on February 14, 2002. In April 2002, the police stopped the vehicle and observed that its registration had expired due to a failure to pay the fees for the year in progress and had not been renewed. A complaint was then brought against the company, and it is in issue here.

The case of *City of Lévis v. Tétreault* began with a complaint of driving a vehicle without a valid driver's licence, contrary to s. 93.1 of the *Safety Code*. A police officer pulled Mr. Tétreault over and noted that his driver's licence had expired. At his trial, the respondent stated that, given his age, he had been driving for only a few years. For this reason, he was unaware that the date appearing on his licence was the date the licence expired rather than a payment due date. He pointed out that new licences issued by the SAAQ now distinguish between the two dates.

III. Judicial History

The Municipal Court of the city of Lévis heard both complaints. The respondents argued that the relevant provisions of the *Safety Code* create a strict liability offence and that they had exercised due diligence. The court accepted this defence and acquitted both respondents. On March 8, 2004, the Superior Court dismissed the prosecution's appeals pursuant to the *C.P.P.* ([2004] Q.J. No. 2571 (QL)). In its view, the *Safety Code* created strict liability offences. In Mr. Tétreault's case, the Superior Court accepted the respondent's defence of due diligence. In the company's case, it found that the company had made out the defences of due diligence and officially induced error. The city then tried to appeal to the Quebec Court of Appeal. On April 14, 2004, a judge of the Quebec Court of Appeal, relying on that court's case law, dismissed the city's applications for leave to appeal in these two cases ([2004] Q.J. No.

le 31 mars 2002. Vers le 18 janvier 2002, la SAAQ envoya un avis de renouvellement à l'adresse municipale de la compagnie, sans ajouter le numéro d'appartement, qu'elle possède pourtant dans ses dossiers. En conséquence, la poste ne livra pas le document, qu'elle renvoya à la SAAQ le 14 février 2002. En avril 2002, la police intercepta le véhicule et constata que son immatriculation était expirée en raison du non-paiement des droits pour l'année en cours et n'avait pas été remise en vigueur. Une plainte fut alors portée contre la compagnie et fait l'objet du présent débat.

Le dossier *Ville de Lévis c. Tétreault* a commencé avec le dépôt d'une plainte de conduite d'un véhicule sans permis de conduire valide, contrairement à l'art. 93.1 du *Code de sécurité*. Un policier a intercepté M. Tétreault au volant d'une automobile et constaté que son permis de conduire était expiré. À son procès, l'intimé a affirmé que, vu son âge, il conduisait depuis peu d'années. En raison de ce fait, il ignorait que la date inscrite sur son permis était la date de son expiration et non celle de l'exigibilité d'un paiement. Il a alors souligné que les nouveaux permis délivrés par la SAAQ distinguent désormais ces deux dates. 4

III. L'historique judiciaire

La Cour municipale de la Ville de Lévis a entendu les deux plaintes. Les intimés ont plaidé que les dispositions pertinentes du *Code de sécurité* créaient une infraction de responsabilité stricte et qu'ils avaient fait preuve de diligence raisonnable. Le tribunal a accepté cette défense et a acquitté les deux intimés. Le 8 mars 2004, la Cour supérieure a rejeté les pourvois déposés par la poursuite en vertu du *C.p.p.* ([2004] J.Q. nº 2571 (QL)). À son avis, le *Code de sécurité* a créé des infractions de responsabilité stricte. Dans le dossier de M. Tétreault, elle a accepté la défense de diligence raisonnable de l'intimé. Dans le cas de la compagnie, elle a conclu que cette dernière avait établi les défenses de diligence raisonnable et d'erreur provoquée par une personne en autorité. La Ville a alors tenté de se pourvoir devant la Cour d'appel du Québec. Invoquant la jurisprudence antérieure de la Cour d'appel du Québec, un juge de celle-ci a rejeté, le 14 avril 2004, 5

4541 (QL), [2004] Q.J. No. 4540 (QL)). The cases are now before this Court.

les demandes d'autorisation de pourvoi présentées par la Ville dans ces deux dossiers ([2004] J.Q. nº 4541 (QL), [2004] J.Q. nº 4540 (QL)). Les affaires sont maintenant portées devant notre Cour.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *The Issues*

A. *Les questions en litige*

6 In these two appeals, the Court is asked to consider the nature of the offences with which the accused are charged and of the defences available to them. Despite certain submissions made by the company, these cases do not call into question the division of criminal offences into the three categories of *mens rea* offences, strict liability offences and absolute liability offences established in *Sault Ste. Marie* in 1978 (*R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299). Rather, what is in issue is how to characterize the offences in accordance with those categories, bearing in mind the impact this will have on the burdens of proof of the prosecution and of the accused and on the availability of the defences of due diligence and officially induced error.

Ces deux pourvois invitent notre Cour à examiner la nature des infractions reprochées aux prévenus et celle des moyens de défense ouverts à ces derniers. Malgré certaines prétentions de la compagnie, ces affaires ne remettent pas en cause la classification tripartite des infractions pénales, entre infractions de *mens rea*, de responsabilité stricte et de responsabilité absolue, qu'a établie l'arrêt *Sault Ste-Marie* en 1978 (*R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299). Le débat porte plutôt sur la qualification des infractions selon cette classification avec ses conséquences sur les fardeaux de preuve de la poursuite et des prévenus et la recevabilité des défenses de diligence raisonnable et d'erreur provoquée par une personne en autorité.

7 The appellant contends that the alleged offences belong to the category of absolute liability offences, which would preclude the due diligence defence. In the alternative, the city adds that, even if this Court were to determine the offences to be strict liability offences, the respondents have not made out the elements of a due diligence defence. In the case of the company, the appellant also submits that this respondent has not made out the elements of its defence of officially induced error. The respondent company replies that the offence with which it is charged, namely putting an unregistered vehicle back into operation, is a strict liability offence and that it has made out its defences of due diligence and officially induced error. Mr. Tétreault did not take part in the proceedings before this Court and did not file a factum or present oral arguments. However, the factums and arguments of the parties represented in this Court provided an adequate basis for considering the issues raised by the two appeals.

L'appelante plaide que les infractions reprochées appartiennent à la catégorie des infractions de responsabilité absolue, ce qui exclurait tout plaidoyer de diligence raisonnable. Subsidiairement, si notre Cour retenait la classification d'infractions de responsabilité stricte, la Ville ajoute que les intimés n'ont pas établi en droit les éléments d'une défense de diligence raisonnable. Par ailleurs, dans le cas de la compagnie, l'appelante plaide aussi que l'intimée n'a pas démontré l'existence des éléments de sa défense d'erreur provoquée par une personne en autorité. La compagnie intimée répond que l'infraction qu'on lui reproche, celle d'avoir mis en circulation un véhicule non immatriculé, est de responsabilité stricte et qu'elle a établi ses défenses de diligence raisonnable et d'erreur provoquée par une personne en autorité. M. Tétreault n'est pas intervenu devant notre Cour et n'a présenté ni mémoire ni plaidoirie orale. Cependant, les mémoires et les argumentations des parties représentées devant la Cour permettent d'étudier adéquatement les questions que soulèvent les deux appels.

I will begin by considering the two offences and the procedure for prosecuting them under Quebec penal law. Next, I will discuss the approach to classifying these offences and how they should be characterized in light of the general principles governing criminal liability, as well as the problem of the defence of officially induced error. Based on this analysis, I will then determine whether the available defences, if any, have been made out.

J'examinerai d'abord les deux infractions et leur mode de poursuite en droit pénal québécois. J'étudierai ensuite la méthode de classement de ces infractions et leur qualification dans le cadre des principes généraux gouvernant la responsabilité pénale ainsi que le problème de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité. Sur la base de cette analyse, je vérifierai alors si les défenses admissibles, le cas échéant, ont été établies en droit. 8

B. *The Alleged Offences and the Procedure for Prosecuting Them*

B. *Les infractions reprochées et leur mode de poursuite*

To fully understand the legal framework governing these appeals, we must first review the description of the offences with which the respondents are charged. Once this has been done, we can then turn to categorizing the offences.

Pour bien comprendre le cadre juridique de ces appels, il faut d'abord revenir à la description des infractions reprochées aux intimés. Son étude permettra ensuite de déterminer leur classification. 9

As I mentioned above, the company, the owner of a motor vehicle, is charged with putting the vehicle back into operation without having paid the SAAQ the prescribed fees relating to its registration, contrary to s. 31.1 of the *Safety Code*. Under that provision, he was required to register the vehicle by paying a variety of fees. The following is the version of the provision that was in force at the relevant time:

Comme je l'ai mentionné précédemment, la poursuite reproche à la compagnie, propriétaire d'un véhicule automobile, d'avoir remis celui-ci en circulation sans avoir payé les droits prescrits relatifs à son immatriculation à la SAAQ, contrairement à l'art. 31.1 du *Code de sécurité*. Cette disposition lui imposait en effet l'obligation d'immatriculer le véhicule en acquittant un ensemble de droits divers. Je reproduis ici la version de cette disposition législative en vigueur à l'époque pertinente : 10

31.1. To retain the right to drive a registered road vehicle, the owner thereof must, unless exempted by regulation, pay to the Société, at the intervals and over the periods determined by regulation, the fees fixed by regulation, the duties fixed by regulation and revalorized, where applicable, in accordance with section 151.4 of the Automobile Insurance Act (chapter A-25), the insurance contribution fixed pursuant to section 151.1 of that Act and revalorized, where applicable, in accordance with section 151.4 of that Act and, where applicable, the contribution of motorists to public transit fixed pursuant to section 88.3 of the Transport Act (chapter T-12) and, in respect of a road vehicle belonging to a class determined by regulation which is seven years old or less and whose value exceeds $40,000, an additional duty which, computed on an annual basis, is equal to 1 % of the value of the vehicle in excess of $40,000.

31.1. Pour conserver le droit de circuler avec un véhicule routier immatriculé, le propriétaire de celui-ci, à moins d'en être exempté par règlement, doit, selon la fréquence prévue par règlement, payer à la Société les frais fixés par règlement, les droits fixés par règlement et revalorisés, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de la Loi sur l'assurance automobile (chapitre A-25), la contribution d'assurance fixée en vertu de l'article 151.1 de cette loi et revalorisée, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de cette loi ainsi que, le cas échéant, la contribution des automobilistes au transport en commun fixée en vertu de l'article 88.3 de la Loi sur les transports (chapitre T-12) et à l'égard d'un véhicule routier de la catégorie déterminée par règlement qui a sept années ou moins et dont la valeur est de plus de 40 000 $, un droit additionnel qui, lorsque calculé sur une base annuelle, correspond à 1 % de la valeur du véhicule excédant 40 000 $, au cours des périodes déterminées par règlement.

An owner who elects not to drive the vehicle for all or part of the period corresponding to the payment of the amounts referred to in the first paragraph must notify the Société thereof before the date on which payment of such amounts becomes due or any later date determined by regulation. In this case, he will not be bound to pay the duties, additional duty, fees or insurance contribution prescribed for the period during which such election has effect.

Where the owner has not paid the amounts referred to in the first paragraph when they become due or where he has notified the Société of his election not to drive the vehicle in accordance with the second paragraph, no person may, from, as the case may be, the date on which the sums become due or the date of receipt by the Société of the notice of election not to drive, and without further notice, put the road vehicle back into operation.

The owner may, during the period corresponding to the payment of the amounts referred to in the first paragraph, apply to the Société to obtain the authorization to put the road vehicle back into operation. He must, in that case, pay the duties, additional duty and fees, the insurance contribution and the additional fee prescribed by regulation, in accordance with the terms and conditions prescribed by regulation.

Le propriétaire qui renonce à circuler avec ce véhicule pendant la totalité ou une partie de la durée correspondant au paiement des sommes visées au premier alinéa, doit en aviser la Société avant la date d'échéance du paiement de ces sommes ou à toute date ultérieure déterminée par règlement. Il ne sera alors pas tenu de payer les droits, le droit additionnel et les frais, ni la contribution d'assurance prescrits pour la période au cours de laquelle cette renonciation a effet.

Lorsque le propriétaire n'a pas payé les sommes prévues au premier alinéa à la date d'échéance ou lorsqu'il a avisé la Société qu'il renonce à circuler avec ce véhicule conformément au deuxième alinéa, nul ne peut, à compter de la date d'échéance ou de la date à laquelle la Société a reçu l'avis de renonciation, selon le cas, et sans autre avis, remettre le véhicule routier en circulation.

Le propriétaire peut demander à la Société, pendant la durée correspondant au paiement des sommes visées au premier alinéa, l'autorisation de remettre ce véhicule routier en circulation. Il doit alors acquitter les droits, le droit additionnel, les frais, la contribution d'assurance et les frais supplémentaires prévus par règlement, conformément aux conditions et modalités prévues par règlement.

11 The charge against Mr. Tétreault is that he operated an automobile without a valid driver's licence, since he had failed to pay the licence renewal fees by the prescribed date, contrary to s. 93.1 of the *Safety Code*. That provision imposes the payment of prescribed fees on set dates as a condition for maintaining a valid driver's licence. At the time of the statement of offence, the provision read as follows:

L'accusation portée contre M. Tétreault lui fait grief d'avoir conduit une automobile sans avoir maintenu en vigueur son permis de conduire, puisqu'il n'avait pas payé les droits de renouvellement de celui-ci à la date prévue, contrairement à l'art. 93.1 du *Code de sécurité*. Cette disposition impose, en effet, le paiement des droits prescrits, aux échéances prévues, comme condition du maintien en vigueur d'un permis de conduire. La voici telle qu'elle était libellée au moment du constat d'infraction :

93.1. The holder of a driver's licence must, at the intervals prescribed by regulation, pay the Société the fees fixed by regulation, the duties fixed by regulation and revalorized, where applicable, in accordance with section 151.4 of the Automobile Insurance Act (chapter A-25) and the insurance contribution fixed pursuant to section 151 of that Act and revalorized, where applicable, in accordance with section 151.4 of that Act within the period determined by regulation. If the holder fails to make the required payments within that period, he may not, from the first day following the day on which that period expires and without further notice from the Société, drive any road vehicle.

93.1. Le titulaire d'un permis de conduire doit, selon la fréquence prévue par règlement, payer à la Société les frais fixés par règlement, les droits fixés par règlement et revalorisés, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de la Loi sur l'assurance automobile (chapitre A-25) ainsi que la contribution d'assurance fixée en vertu de l'article 151 de cette loi et revalorisée, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de cette loi, au cours de la période déterminée par règlement. À défaut de paiement au cours de cette période, le titulaire ne peut, à compter du premier jour suivant la date d'expiration de cette période et sans autre avis de la Société, conduire un véhicule routier.

The holder of a probationary licence must, before his licence expires, pay the sums referred to in section 69 to obtain his first driver's licence or advise the Société that he does not intend to apply for a driver's licence.

The holder of a driver's licence who, within the period determined by regulation, requests that his licence be cancelled or advises the Société that he does not intend to apply for its renewal is not required to pay the sums referred to in the first paragraph.

A person who has failed to comply with the first or second paragraph and applies to the Société, during the period corresponding to the payment of the sums referred to in the first or second paragraph, for the issue of his first driver's licence, the renewal of his driver's licence or authorization to resume driving road vehicles, must pay those sums and the additional fees prescribed by regulation, in accordance with the terms and conditions prescribed by regulation.

Violations of ss. 31.1 and 93.1 are punishable by fines of at least $300 and no more than $600 under ss. 59 and 141 of the *Safety Code*. The fines are imposed under the *C.P.P.* Article 231 *C.P.P.* prohibits, in the absence of a provision to the contrary, recourse to imprisonment as a means to collect fines. However, art. 366 *C.P.P.* creates an offence of deliberately failing to pay a fine, and one of the possible sanctions for committing it is imprisonment.

C. *Categories of Criminal Offences and Approach to Classification*

The offences with which the respondents are charged belong to a vast category of offences known as regulatory offences. Legislatures enact such offences as incidental sanctions whose purpose is to enforce the performance of various duties, thereby safeguarding the general welfare of society (*Sault Ste. Marie*, at p. 1310, *per* Dickson J.). Establishing their legal framework gave rise to uncertainty because they are not always perfectly compatible with the fundamental principles of criminal law and because of the difficulty in defining the defences available to the accused. It was these problems that were addressed in *Sault Ste. Marie*.

Le titulaire d'un permis probatoire doit, avant l'expiration de celui-ci, payer les sommes visées à l'article 69 pour l'obtention d'un premier permis de conduire ou aviser la Société de son intention de ne pas en obtenir un.

Le titulaire d'un permis de conduire qui, au cours de la période déterminée par règlement, demande l'annulation de son permis ou avise la Société de son intention de ne pas le renouveler, n'est pas tenu de payer les sommes visées au premier alinéa.

La personne qui ne s'est pas conformée au premier ou au deuxième alinéa et qui demande à la Société, pendant la durée correspondant au paiement des sommes visées au premier ou au deuxième alinéa, l'obtention d'un premier permis de conduire, le renouvellement de son permis de conduire ou l'autorisation de conduire de nouveau un véhicule routier, doit alors acquitter ces sommes ainsi que les frais supplémentaires prévus par règlement, conformément aux conditions et aux modalités prévues par règlement.

12 Les violations des art. 31.1 et 93.1 sont sanctionnées par des amendes d'au moins 300 $ et d'au plus 600 $ imposées en vertu des art. 59 et 141 du *Code de sécurité*. Les amendes sont recouvrées en vertu des dispositions du *C.p.p.* Sauf dérogation, l'art. 231 *C.p.p.* interdit le recours à l'emprisonnement pour le recouvrement des amendes. Cependant, l'art. 366 *C.p.p.* crée désormais une infraction de non-paiement délibéré de l'amende imposée dont une des sanctions peut être l'emprisonnement.

C. *La classification des infractions pénales et sa méthode d'application*

13 Les infractions reprochées aux intimés se situent dans l'immense catégorie des infractions dites réglementaires. Le législateur les édicte comme sanctions accessoires destinées à assurer le respect d'obligations diverses, préservant ainsi le bien-être commun de la société (*Sault Ste-Marie*, p. 1310, le juge Dickson). La détermination de leur régime juridique a soulevé des incertitudes, en raison de leurs rapports parfois malaisés avec les principes fondamentaux du droit criminel et de la difficulté de cerner le contenu des moyens de défense du prévenu. C'est à ces difficultés que s'est attaqué l'arrêt *Sault Ste-Marie*.

14 The system of criminal liability in Canadian criminal law is essentially founded on the recognition and application of the concept of fault. Fault usually consists in the deliberate intention to commit a given act or in serious forms of negligence or carelessness. The prosecution must prove the *actus reus* and the *mens rea* (*Sault Ste. Marie*, at pp. 1309-10). On the other hand, before *Sault Ste. Marie*, a system of objective and absolute liability generally applied to regulatory offences. Guilt was essentially inferred from proof of nothing more than the commission of the prohibited act, the *actus reus*. The accused was not even allowed to argue that he or she was entirely without fault (*Sault Ste. Marie*, at p. 1310).

15 Faced with the difficulties and injustices caused by this dichotomy between *mens rea* offences and absolute liability offences, this Court in *Sault Ste. Marie* recognized the need for and existence of an intermediate category of strict liability offences. Some commentators at that time suggested that such offences be identified with negligence offences. Accused persons would be allowed to exculpate themselves by proving affirmatively that they were not negligent, although the prosecution would be under no obligation to prove *mens rea* or a lack of due diligence (*Sault Ste. Marie*, at pp. 1313 and 1325). Under the approach adopted by the Court, the accused in fact has both the opportunity to prove due diligence and the burden of doing so. An objective standard is applied under which the conduct of the accused is assessed against that of a reasonable person in similar circumstances. Dickson J. described strict liability offences as follows:

> 2. Offences in which there is no necessity for the prosecution to prove the existence of *mens rea*; the doing of the prohibited act *prima facie* imports the offence, leaving it open to the accused to avoid liability by proving that he took all reasonable care. This involves consideration of what a reasonable man would have done in the circumstances. The defence will be available if the accused reasonably believed in a mistaken set of facts which, if true, would render the act or omission innocent, or if he took all reasonable steps to avoid the

Le système de responsabilité pénale en droit criminel canadien est structuré pour l'essentiel autour de l'acceptation et de l'application du concept de faute. Celle-ci consiste habituellement en la volonté délibérée de commettre un acte déterminé ou en des formes graves de négligence ou d'imprudence. La poursuite doit démontrer l'*actus reus* et la *mens rea* (*Sault Ste-Marie*, p. 1309-1310). Toutefois, avant l'arrêt *Sault Ste-Marie*, un régime de responsabilité objective et absolue gouvernait en général les infractions réglementaires. La culpabilité s'inférait, en substance, de la seule preuve de la commission de l'acte prohibé, de l'*actus reus*. L'accusé n'était même pas admis à plaider qu'il n'avait commis aucune faute (*Sault Ste-Marie*, p. 1310).

Devant les difficultés et les injustices causées par cette dichotomie entre les infractions de *mens rea* et celles de responsabilité absolue, notre Cour a reconnu à l'occasion de l'arrêt *Sault Ste-Marie* la nécessité et l'existence d'une catégorie intermédiaire d'infractions de responsabilité stricte. Une classification proposée alors par certains auteurs suggérait de les identifier à des infractions de négligence. Le prévenu pourrait se disculper en démontrant de manière positive son absence de négligence, sans obliger, par contre, la poursuite à démontrer la *mens rea* ou l'absence de diligence raisonnable (*Sault Ste-Marie*, p. 1313 et 1325). Dans l'approche qui a été adoptée par notre Cour, il s'agit en réalité de laisser au prévenu la possibilité et le fardeau de démontrer une diligence raisonnable. On applique à ce moment une norme objective, qui apprécie son comportement par rapport à celui d'une personne raisonnable, placée dans un contexte similaire. Le juge Dickson décrivait ainsi les infractions de responsabilité stricte :

> 2. Les infractions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que la poursuite prouve l'existence de la *mens rea*; l'accomplissement de l'acte comporte une présomption d'infraction, laissant à l'accusé la possibilité d'écarter sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Ceci comporte l'examen de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. La défense sera recevable si l'accusé croyait pour des motifs raisonnables à un état de faits inexistant qui, s'il avait existé, aurait rendu l'acte ou l'omission

particular event. These offences may properly be called offences of strict liability. Mr. Justice Estey so referred to them in *Hickey's* case.

(*Sault Ste. Marie*, at p. 1326)

Classifying the offence in one of the three categories now recognized in the case law thus becomes a question of statutory interpretation. Dickson J. noted that regulatory or public welfare offences usually fall into the category of strict liability offences rather than that of *mens rea* offences. As a general rule, in accordance with the common law rule that criminal liability ordinarily presupposes the existence of fault, they are presumed to belong to the intermediate category:

Public welfare offences would *prima facie* be in the second category. They are not subject to the presumption of full *mens rea*. An offence of this type would fall in the first category only if such words as "wilfully," "with intent," "knowingly," or "intentionally" are contained in the statutory provision creating the offence.

(*Sault Ste. Marie*, at p. 1326)

Absolute liability offences still exist, but they have become an exception requiring clear proof of legislative intent. This intent can be deduced from various factors, the most important of which would appear to be the wording of the statute itself:

On the other hand, the principle that punishment should in general not be inflicted on those without fault applies. Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations . . . .

(*Sault Ste. Marie*, at p. 1326)

innocent, ou si l'accusé a pris toutes les précautions raisonnables pour éviter l'événement en question. Ces infractions peuvent être à juste titre appelées des infractions de responsabilité stricte. C'est ainsi que le juge Estey les a appelées dans l'affaire *Hickey*.

(*Sault Ste-Marie*, p. 1326)

16 Le classement de l'infraction dans l'une des trois catégories désormais reconnues par la jurisprudence devient alors une question d'interprétation législative. Le juge Dickson souligne que les infractions réglementaires ou de bien-être public se retrouvent habituellement dans la catégorie des infractions de responsabilité stricte, plutôt que dans celle des infractions de *mens rea*. En effet, on présume, en règle générale, qu'elles appartiennent à la catégorie intermédiaire, pour respecter le principe de droit reconnu par la common law selon lequel, ordinairement, l'imposition d'une responsabilité pénale suppose l'existence d'une faute :

Les infractions contre le bien-être public appartiennent généralement à la deuxième catégorie. Elles ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* proprement dite. Une infraction de ce genre tombera dans la première catégorie dans le seul cas où l'on trouve des termes tels que « volontairement », « avec l'intention de », « sciemment » ou « intentionnellement » dans la disposition créant l'infraction.

(*Sault Ste-Marie*, p. 1326)

17 La catégorie des infractions de responsabilité absolue demeure. Elle devient cependant une exception dont la reconnaissance dépend de la démonstration claire de l'intention du législateur. Cette intention se dégage de facteurs divers dont le principal paraît être le texte même de la loi :

En revanche, le principe selon lequel une peine ne doit pas être infligée à ceux qui n'ont commis aucune faute est applicable. Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels . . .

(*Sault Ste-Marie*, p. 1326)

18 The categories established by this Court were thus based on a presumption of statutory interpretation. Developments in constitutional law since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force have reinforced their legal foundations. Without abolishing the category of absolute liability offences, the Court decided that imposing penal liability of this nature would violate the principles of fundamental justice protected by the *Charter* where a conviction would expose the accused to imprisonment (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 515-16; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 652, *per* Lamer J.).

19 This Court reconsidered the approach to classifying regulatory offences in *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44. In that case, in which the Court had to decide whether a traffic offence was one of absolute liability, Cory J., writing for the majority, appeared to propose a two-stage test for determining whether an offence is an absolute liability offence. First, the analytical approach and presumptions of interpretation proposed by Dickson J. in *Sault Ste. Marie* would have to be considered (para. 27). However, it might also be determined whether the legislature intended to make a due diligence defence available (para. 28). This added refinement to the classification approach established in *Sault Ste. Marie* does not make it easier to apply. The objective of the interpretive approach adopted in *Sault Ste. Marie* is in fact to determine the nature of the defences available to the accused. To say that it is necessary to determine whether the accused can plead due diligence amounts simply to restating the very purpose of this juridical exercise. It would therefore be better to return to the clear analytical framework and classification approach adopted in *Sault Ste. Marie*. This is what I propose to do in the cases at bar. I will nevertheless first consider the nature and availability of the defence of officially induced error, as well as its relationship with the due diligence defence.

La classification établie par notre Cour reposait alors sur une présomption d'interprétation. L'évolution constitutionnelle, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a consolidé ses fondements juridiques. En effet, sans abolir la catégorie des infractions de responsabilité absolue, notre Cour a décidé que l'imposition d'une responsabilité pénale de cette nature violerait les principes de justice fondamentale protégés par la *Charte* lorsqu'une déclaration de culpabilité exposerait le prévenu à une peine d'emprisonnement (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 516; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 652, le juge Lamer).

Notre Cour a réexaminé les méthodes de classification des infractions réglementaires dans l'arrêt *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44. À l'occasion de cette affaire où elle devait décider si une infraction relative à la circulation routière était de responsabilité absolue, le juge Cory, pour la majorité, a paru suggérer un test en deux volets pour déterminer si une infraction est de responsabilité absolue. Dans un premier temps, on s'en rapporterait à la méthode d'analyse et aux présomptions d'interprétation proposées par le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* (par. 27). Cependant, l'on pourrait aussi rechercher si le législateur entendait reconnaître l'admissibilité d'une défense de diligence raisonnable (par. 28). Ce raffinement ajouté à la méthode de classification établie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne facilite pas son application. En effet, l'objectif de la méthode d'interprétation adoptée dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* demeure précisément la découverte de la nature des moyens de défense ouverts au prévenu. Affirmer que l'on doit rechercher si l'accusé peut plaider sa diligence raisonnable constitue une simple répétition, sous une forme différente, de toute la finalité de cette opération juridique. Il vaudrait donc mieux s'en reporter au cadre d'analyse clair et à la méthode de classification adoptés dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*. C'est ce que je me propose de faire dans les présents dossiers. J'examinerai toutefois auparavant la nature et la recevabilité de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité, ainsi que ses liens avec le plaidoyer de diligence raisonnable.

D. *Defence of Officially Induced Error*

Because the respondent company argues that it was misled by erroneous information obtained from an SAAQ official regarding the procedure for paying the fees relating to the registration of its vehicle, we must now consider the nature and availability of the defence of officially induced error. This Court has never clearly accepted this defence, although several decisions by Canadian courts have recognized it to be relevant and legitimate.

First of all, to place the nature and limits of this defence in the proper perspective, it should be noted that ignorance of the law is not accepted in Canadian criminal law as a means to erase or mitigate criminal liability, despite occasional criticism of the inflexibility of this rule (D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (4th ed. 2001), at pp. 323-31). Section 19 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, states that ignorance of the law is not an excuse for committing an offence. Pursuant to art. 60 *C.P.P.*, this principle applies to regulatory offences created by Quebec legislation. As a result of art. 60, the rules and principles of Canadian criminal law relating to the definition and conduct of available defences against criminal charges apply in Quebec penal law (G. Létourneau and P. Robert, *Code de procédure pénale du Québec annoté* (6th ed. 2004), at pp. 8-9 and 88).

This Court has firmly and consistently applied the principle that ignorance of the law is no defence. It has given effect to this principle not only in the context of the criminal law itself, but also in cases involving regulatory offences (*Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *Pontes*). However, the inflexibility of this rule is cause for concern where the error in law of the accused arises out of an error of an authorized representative of the state and the state then demands, through other officials, that the criminal law be applied strictly to punish the conduct of the accused. In such a case, regardless of whether it involves strict liability or

D. *La défense d'erreur provoquée par une personne en autorité*

Puisque la compagnie intimée plaide qu'elle a été victime de l'information erronée qu'elle aurait reçue d'un fonctionnaire de la SAAQ au sujet de la procédure de paiement des droits relatifs à l'immatriculation de son véhicule, il faut maintenant examiner la nature et la recevabilité de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité. En effet, notre Cour n'a jamais clairement accepté cette défense, bien que plusieurs décisions de tribunaux canadiens aient reconnu la pertinence et la légitimité de ce plaidoyer. 20

Au départ, pour bien situer la nature et les limites de cette défense, il convient de rappeler que le droit pénal canadien refuse d'accepter que l'ignorance de la loi supprime ou atténue la responsabilité pénale, malgré les critiques formulées parfois à propos de la rigueur de cette règle (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (4e éd. 2001), p. 323-331). Ainsi, l'art. 19 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dispose que l'ignorance de la loi n'excuse pas la commission d'une infraction. En vertu de l'art. 60 *C.p.p.*, ce principe s'applique à l'égard des infractions réglementaires créées par la législation québécoise. En effet, cette disposition rend applicables en droit pénal québécois les règles et principes du droit pénal canadien gouvernant la définition et la mise en œuvre des moyens de défense admissibles à l'égard d'une accusation criminelle (G. Létourneau et P. Robert, *Code de procédure pénale du Québec annoté* (6e éd. 2004), p. 8-9 et 88). 21

Notre Cour a appliqué fermement et constamment le principe de l'irrecevabilité d'une défense d'ignorance de la loi. Elle a d'ailleurs donné effet à ce principe, non seulement en droit criminel proprement dit, mais aussi à l'égard des infractions réglementaires (*Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *Pontes*). Cependant, l'absolutisme de cette règle soulève des inquiétudes lorsque l'erreur de droit du prévenu découle de l'erreur d'un représentant autorisé de l'État qui, par ailleurs, réclame par d'autres de ses agents que les rigueurs du droit pénal sanctionnent la conduite de cet accusé. L'équité fondamentale du processus pénal paraît alors ébranlée, 22

absolute liability offences, the fundamental fairness of the criminal process would appear to be compromised. Although the Court has not ruled on this point, Lamer C.J. responded to these concerns, in concurring reasons in *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55, by proposing to recognize the defence of officially induced error and attempting to define the conditions under which the defence would be allowed.

23 In that case, which involved a charge of selling obscene material, Lamer C.J. carefully reviewed the development of this defence by the courts. He pointed out that the defence had surfaced gradually in criminal law and had been applied by trial and appeal courts to both crimes and regulatory offences (*Jorgensen*, at paras. 12-24). He noted that the judges of this Court, including Ritchie J. in *R. v. MacDougall*, [1982] 2 S.C.R. 605, at p. 613, had at times appeared to acknowledge the appropriateness of such a defence (*Jorgensen*, at para. 17). Later, Gonthier J., too, discussed the framework and nature of the defence of officially induced error in his dissenting reasons in *Pontes*, at p. 88 (*Jorgensen*, at para. 23).

24 In Lamer C.J.'s view, this defence constituted a limited but necessary exception to the rule that ignorance of the law cannot excuse the commission of a criminal offence:

> Officially induced error of law exists as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse. As several of the cases where this rule has been discussed note, the complexity of contemporary regulation makes the assumption that a responsible citizen will have a comprehensive knowledge of the law unreasonable. This complexity, however, does not justify rejecting a rule which encourages a responsible citizenry, encourages government to publicize enactments, and is an essential foundation to the rule of law. Rather, extensive regulation is one motive for creating

qu'il s'agisse d'infractions de responsabilité stricte ou d'infractions de responsabilité absolue. Bien que notre Cour ne se soit pas prononcée sur le sujet, pour répondre à ces inquiétudes, le juge en chef Lamer, dans des motifs concurrents, a déjà proposé de reconnaître la défense d'erreur causée par une personne en autorité et tenté de définir ses conditions d'admissibilité dans l'arrêt *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55.

À l'occasion de cette affaire, qui portait sur une accusation de vente de matériel obscène, le juge en chef Lamer a examiné avec attention le développement jurisprudentiel de ce moyen de défense. Il a souligné que cette défense était apparue graduellement en droit pénal et avait été appliquée par des tribunaux de première instance et d'appel tant à l'égard d'actes criminels que d'infractions réglementaires (*Jorgensen*, par. 12-24). À l'occasion, d'ailleurs, rappelait le Juge en chef, des juges de notre Cour avaient paru reconnaître l'opportunité d'un tel moyen de défense. Tel avait été le cas du juge Ritchie dans *R. c. MacDougall*, [1982] 2 R.C.S. 605, p. 613 (*Jorgensen*, par. 17). Plus tard, le juge Gonthier avait lui aussi évoqué le cadre et la nature de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité dans sa dissidence dans l'affaire *Pontes*, p. 88 (*Jorgensen*, par. 23).

Selon l'opinion du juge en chef Lamer, cette défense constituait une exception limitée, mais nécessaire, à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne saurait justifier la commission d'une infraction pénale :

> L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité existe à titre d'exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Comme il a été souligné dans plusieurs des affaires où cette règle a été analysée, la complexité des règlements actuels permet de présumer qu'un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d'une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement

a limited exception to the rule that *ignorantia juris neminem excusat.*

(*Jorgensen*, at para. 25)

Lamer C.J. equated this defence with an excuse that has an effect similar to entrapment. The wrongfulness of the act is established. However, because of the circumstances leading up to the act, the person who committed it is not held liable for the act in criminal law. The accused is thus entitled to a stay of proceedings rather than an acquittal (*Jorgensen*, at para. 37).

After his analysis of the case law, Lamer C.J. defined the constituent elements of the defence and the conditions under which it will be available. In his view, the accused must prove six elements:

(1) that an error of law or of mixed law and fact was made;

(2) that the person who committed the act considered the legal consequences of his or her actions;

(3) that the advice obtained came from an appropriate official;

(4) that the advice was reasonable;

(5) that the advice was erroneous; and

(6) that the person relied on the advice in committing the act.

(*Jorgensen*, at paras. 28-35)

Although the Court did not rule on this issue in *Jorgensen*, I believe that this analytical framework has become established. Provincial appellate courts have followed this approach to consider and apply the defence of officially induced error (*R. v. Larivière* (2000), 38 C.R. (5th) 130 (Que. C.A.); *Maitland Valley Conservation Authority v. Cranbrook Swine Inc.* (2003), 64 O.R. (3d) 417 (C.A.)). I would also note that, in this appeal,

essentiel de la primauté du droit. La multiplicité des règlements est un motif qui permet de créer une exception limitée à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

(*Jorgensen*, par. 25)

25 Le juge en chef Lamer a assimilé cette défense à une excuse qui opère comme le moyen basé sur la provocation policière. Le caractère répréhensible de l'acte est établi. Cependant, le droit pénal se refuse à en imputer la responsabilité à son auteur en raison des circonstances qui l'ont produit. Le prévenu a droit alors à un arrêt des procédures plutôt qu'à un acquittement (*Jorgensen*, par. 37).

26 Après son analyse de la jurisprudence, le juge en chef Lamer définit les éléments constitutifs et les conditions d'ouverture de la défense. Il impose au prévenu l'obligation de démontrer la présence de six éléments :

(1) la présence d'une erreur de droit ou d'une erreur mixte de droit et de fait;

(2) la considération par son auteur des conséquences juridiques de l'acte accompli;

(3) le fait que l'avis obtenu provenait d'une personne compétente en la matière;

(4) le caractère raisonnable de l'avis;

(5) le caractère erroné de l'avis reçu;

(6) l'accomplissement de l'acte sur la base de cet avis.

(*Jorgensen*, par. 28-35)

27 Ce cadre d'analyse me paraît s'être imposé, bien que notre Cour ne se soit pas exprimée à son sujet dans l'arrêt *Jorgensen*. Ainsi, cette méthode a été employée par des cours d'appel provinciales pour étudier et appliquer la défense d'erreur causée par une personne en autorité (*R. c. Larivière* (2000), 38 C.R. (5th) 130 (C.A. Qué.); *Maitland Valley Conservation Authority c. Cranbrook Swine Inc.* (2003), 64 O.R. (3d) 417 (C.A.)). Je remarque

neither the prosecution nor the intervener, the Attorney General of Canada, has questioned the existence of this defence in Canadian criminal law as it presently stands. At most, the Attorney General of Canada has suggested another condition in addition to those enumerated by Lamer C.J., namely that the act was committed contemporaneously with the reception of the information. I do not think this addition is necessary. The Attorney General of Canada's concerns relate more to the need to demonstrate that the advice was reasonable and that the accused relied on it. It should be noted, as the Ontario Court of Appeal has done, that it is necessary to establish the objective reasonableness not only of the advice, but also of the reliance on the advice (*R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *Cranbrook Swine*). Various factors will be taken into consideration in the course of this assessment, including the efforts made by the accused to obtain information, the clarity or obscurity of the law, the position and role of the official who gave the information or opinion, and the clarity, definitiveness and reasonableness of the information or opinion (*Cancoil Thermal*, at p. 303). It is not sufficient in such cases to conduct a purely subjective analysis of the reasonableness of the information. This aspect of the question must be considered from the perspective of a reasonable person in a situation similar to that of the accused.

28 On the basis of the above principles, I will now consider whether the acquittals entered by the Municipal Court of Lévis and upheld by the Quebec Superior Court were justified. I will first discuss the case of the respondent Tétreault, after which I will consider the case of the company.

E. *Validity of the Acquittals*

1. Case of the Respondent Tétreault

29 In this case, as I explained above, the charge brought by the city of Lévis was one of operating a motor vehicle without a valid driver's licence, contrary to s. 93.1 of the *Safety Code*. Nothing in the words of this provision indicates an intention to create a *mens rea* offence or, conversely, to impose

d'ailleurs dans le présent pourvoi que ni le poursuivant, ni l'intervenant, le procureur général du Canada, n'ont mis en doute l'existence de ce moyen de défense dans l'état actuel du droit pénal canadien. Le procureur général du Canada a tout au plus suggéré d'ajouter aux conditions énumérées par le juge en chef Lamer, celle de la contemporanéité des informations reçues et de l'acte posé. Je ne crois pas nécessaire cet ajout. Les préoccupations du procureur général du Canada se rattachent plutôt à la nécessité de démontrer le caractère raisonnable de l'avis et de la confiance que lui a accordée le prévenu. Comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario, il convient de souligner la nécessité d'établir le caractère objectivement raisonnable non seulement de l'avis, mais aussi de la confiance qui lui a été accordée (*R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *Cranbrook Swine*). Des facteurs divers seront pris en considération dans le cours de cette évaluation, comme les efforts faits par le prévenu pour se renseigner, la clarté ou l'obscurité du texte de la loi, le poste et le rôle du fonctionnaire qui a fourni le renseignement ou l'opinion, ainsi que la précision, la fermeté et le caractère raisonnable de ceux-ci (*Cancoil Thermal*, p. 303). On ne saurait se satisfaire dans ces cas d'une analyse purement subjective de ce caractère raisonnable. Il faut examiner cet aspect de la question par rapport à la perspective de la personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle du prévenu.

Sur la base des principes posés de cette manière, j'examinerai si les acquittements prononcés par la Cour municipale de Lévis et confirmés par la Cour supérieure du Québec étaient justifiés. Je me pencherai d'abord sur le cas de l'intimé Tétreault. J'étudierai ensuite celui de la compagnie.

E. *La validité des acquittements*

1. Le cas de l'intimé Tétreault

Dans ce dossier, comme je l'ai expliqué plus haut, l'accusation portée par la Ville de Lévis est celle d'avoir conduit un véhicule automobile sans détenir un permis de conduire valide, contrairement à l'art. 93.1 du *Code de sécurité*. L'examen de cette disposition ne révèle pas la présence d'un langage qui

absolute liability so as to exclude a due diligence defence. The provision in no way places the burden of proving *mens rea* on the prosecution. Nor does it include any expression of the legislature's intent to create an absolute liability offence. Furthermore, such an intent cannot be inferred from the scheme of this provision, which seeks to ensure that the requirements of the regulation of highway safety are met by monitoring drivers' licences without it being necessary to deprive an accused of a due diligence defence. A strict liability scheme responds adequately to the concern to ensure that vehicle operators are aware of their legal obligations and, in particular, of their duty to do what is necessary to ensure that their licences remain valid and to drive only while they are valid. The only issue in dispute thus consists in determining whether the defence of the accused is consistent with the concept of due diligence.

In Mr. Tétreault's case, the judgments of the courts below confused passivity with diligence. The accused did no more than state that he expected to receive a renewal notice for his licence and that he had confused the licence expiry date with the due date for paying the fees required to keep the licence valid. He proved no action or attempt to obtain information. The concept of diligence is based on the acceptance of a citizen's civic duty to take action to find out what his or her obligations are. Passive ignorance is not a valid defence in criminal law. Consequently, the acquittals are unfounded in this case. The Municipal Court should have found the respondent guilty as charged and imposed the fine prescribed by law.

2. Case of the Respondent 2629-4470 Québec inc.

In this case, the respondent raised the defences of due diligence and officially induced error in order to avoid conviction on a charge of operating a

indiquerait une intention de créer une infraction de *mens rea* ou, à l'inverse, d'imposer une responsabilité absolue excluant la défense de diligence raisonnable. Le texte de la disposition n'impose nulle part au poursuivant le fardeau de démontrer l'existence de la *mens rea*. Par contre, le même texte ne comporte aucune expression d'une volonté législative de créer un régime de responsabilité absolue. Une telle volonté ne saurait s'induire non plus de l'économie de cette disposition, qui veut assurer le respect des exigences du contrôle de la sécurité routière, par la surveillance des permis de conduire, sans qu'il soit nécessaire de priver un prévenu de toute défense de diligence raisonnable. Un régime de responsabilité stricte répond d'ailleurs adéquatement au souci de rendre le conducteur d'automobile conscient de ses obligations légales, notamment de son devoir de faire les démarches nécessaires pour maintenir son permis en vigueur et de ne conduire que pendant la période de validité de celui-ci. La seule question en jeu consiste alors à déterminer si la défense de l'accusé correspond à la notion de diligence raisonnable.

30 Dans le cas de M. Tétreault, les jugements attaqués ont confondu passivité et diligence. Le prévenu s'est contenté d'affirmer qu'il s'attendait à recevoir un avis de renouvellement de son permis et qu'il avait confondu date d'expiration du permis et date d'exigibilité des droits payables pour le maintenir en vigueur. Il n'a justifié d'aucune démarche ou tentative de se renseigner. Le concept de diligence repose sur l'acceptation d'un devoir de responsabilité du citoyen de chercher activement à connaître les obligations qui lui sont imposées. L'ignorance passive ne constitue pas un moyen de défense valable en droit pénal. En conséquence, les jugements d'acquittement dans ce cas sont mal fondés. La Cour municipale aurait dû reconnaître la culpabilité de l'intimé à l'accusation et lui imposer l'amende prévue par la loi.

2. Le cas de l'intimée 2629-4470 Québec inc.

31 Dans ce dossier, l'intimée a plaidé sa diligence raisonnable et la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité pour obtenir le rejet d'une

motor vehicle for which the fees relating to its registration had not been paid, contrary to s. 31.1 of the *Safety Code*. I note that, as it is worded, this provision does not create an absolute liability offence. Absent a clear indication of the legislature's intent, the offence must be categorized as one of strict liability. The same factors apply as in the case of the obligation to have a valid driver's licence when operating a motor vehicle, and they justify the availability of a due diligence defence. In this case, however, a due diligence defence has not been made out, and it has not been demonstrated that all the conditions under which the defence of officially induced error is available have been met.

32 The two defences are based on the same allegations of fact. Essentially, the respondent argues that it was misled. An SAAQ representative had the respondent pay registration fees corresponding to a 15-month period and told it that a renewal notice would be sent to it before the period expired. Because of an error in the SAAQ's record keeping, the notice was sent to the respondent with an incomplete address and the postal service returned it to the sender. The respondent believed the registration was still valid at the time the police stopped the car.

33 In my view, the respondent's allegations of fact do not show conduct that meets the standard of due diligence. The respondent was aware of the date when the fees relating to the registration of its vehicle would be due and, accordingly, the date when the registration would cease to be valid. It could and should have been concerned when it failed to receive a notice. Instead, it did nothing. It had a duty to do more. The acquittal was therefore unjustified.

34 Nor has the respondent established that the conditions under which the defence or excuse of officially induced error is available have been met in this case and justified a stay of proceedings. The issues raised related at most to administrative practices, not to the legal obligation to pay the fees by the prescribed date. Two fundamental conditions

accusation d'avoir conduit un véhicule automobile dont les droits relatifs à son immatriculation n'avaient pas été payés contrairement à l'art. 31.1 du *Code de sécurité*. La rédaction de cette disposition, je le constate, ne crée pas une infraction de responsabilité absolue. À défaut d'indication claire de la volonté législative, elle doit être rangée parmi les infractions de responsabilité stricte. Les mêmes facteurs que dans le cas de l'obligation de conduire en possession d'un permis de conduire en vigueur sont pertinents et justifient l'admissibilité d'une défense de diligence raisonnable. Cependant, en l'espèce, la défense de diligence raisonnable n'est pas établie et l'existence de l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité n'est pas démontrée.

Les deux défenses reposent sur les mêmes allégations de fait. En substance, l'intimée plaide qu'elle a été induite en erreur. En effet, un représentant de la SAAQ lui a fait payer 15 mois de droits d'immatriculation et lui aurait expliqué qu'un avis de renouvellement lui serait envoyé avant l'expiration de ce délai. Par suite d'une erreur dans la tenue des dossiers de la SAAQ, on lui a envoyé un avis adressé incomplètement, que la poste a renvoyé à l'expéditeur. L'intimée se croyait toujours en règle lors de son interception.

À mon avis, les faits allégués par l'intimée ne constituent pas un comportement correspondant à la norme de diligence raisonnable. Elle connaissait la date à laquelle les droits relatifs à l'immatriculation de son véhicule viendraient à échéance et, partant, la date à laquelle l'immatriculation n'avait plus d'effet. Elle aurait pu et dû s'inquiéter en constatant qu'elle n'avait rien reçu. Elle est demeurée passive. Elle avait l'obligation de faire plus. L'acquittement était donc injustifié.

Par ailleurs, l'intimée n'a pas non plus démontré que les conditions d'application de la défense ou de l'excuse d'erreur provoquée par une personne en autorité étaient remplies en l'espèce et justifiaient un arrêt des procédures. Les questions posées portaient tout au plus sur la pratique administrative, mais non sur l'obligation légale de payer les droits

that must be met for this defence to be available were therefore missing. In the circumstances, the respondent could not have considered the legal consequences of its conduct on the basis of advice from the official in question, nor could it have acted in reliance on that opinion, since no information regarding the nature and effects of the relevant legal obligations had been requested or obtained.

V. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeals in both cases. I would set aside the respondents' acquittals. I would enter convictions on the charges and would sentence each of the respondents to pay the minimum fine of $300 prescribed by law.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellant: Pothier Delisle, Saint-Romuald, Quebec.

Solicitors for the respondent 2629-4470 Québec inc.: St-Pierre, Maillette, Chambly, Quebec.

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

à la date prévue. Deux conditions fondamentales pour la reconnaissance d'une telle défense de droit faisaient alors défaut. En effet, dans ces circonstances, l'intimée ne pouvait avoir considéré les conséquences juridiques de son comportement sur la base d'un avis du fonctionnaire en question, ni agi sur la base de cette opinion, puisque aucune information n'avait été demandée ni obtenue sur la nature des obligations légales pertinentes et sur leurs effets.

V. Conclusion

Pour ces motifs, j'accueillerais les pourvois dans ces deux dossiers. J'annulerais les acquittements des intimés. J'inscrirais des verdicts de culpabilité aux accusations portées et je condamnerais chacun des intimés au paiement de l'amende minimum de 300 $ prévue par la loi. 35

Pourvois accueillis.

Procureurs de l'appelante : Pothier Delisle, Saint-Romuald, Québec.

Procureurs de l'intimée 2629-4470 Québec inc. : St-Pierre, Maillette, Chambly, Québec.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2006 Vol. 1

3e cahier, 2006 Vol. 1

Cited as [2006] 1 S.C.R. 441-641

Renvoi [2006] 1 R.C.S. 441-641

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. *v.* Canada (Attorney General) 441

Access to information — Exemptions — Personal information — Third party information — Review by Federal Court — Application by third party under s. 44 of Access to Information Act for review of government institution's decision to disclose record — Whether third party can raise exemption for personal information on s. 44 review — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1), 44.

R. *v.* Gagnon 621

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused's conviction for sexual assault due to insufficient reasons — Whether trial judge's reasons sufficiently amenable to appellate review.

R. *v.* Graveline 609

Criminal law — Appeals — Appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether Crown met its burden for having jury verdict set aside and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. *v.* Rodgers 554

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Legislative safeguards restricting use of DNA data bank as an identification tool only — Whether collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders reasonable — Whether data bank provisions strike an appropriate balance between public interest in effective identification of persons convicted of serious offences and rights of individuals to physical integrity and control of release of information about themselves — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural fairness — Ex parte proceeding — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether ex parte nature of proceeding meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Benefit of lesser punishment — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from

Continued on next page

SOMMAIRE

Cie H.J. Heinz du Canada ltée *c.* Canada (Procureur général) 441

Accès à l'information — Exceptions — Renseignements personnels — Renseignements concernant un tiers — Révision par la Cour fédérale — Tiers exerçant un recours fondé sur l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision d'une institution fédérale de communiquer un document — Le tiers peut-il invoquer l'exception des renseignements personnels lors d'une révision fondée sur l'art. 44? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19, 20(1), 44.

R. *c.* Gagnon 621

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Déclaration de culpabilité d'agression sexuelle annulée en Cour d'appel pour insuffisance des motifs — Les motifs de la juge du procès se prêtaient-ils suffisamment à l'examen en appel?

R. *c.* Graveline 609

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public à l'encontre du verdict d'acquittement — Le ministère public s'est-il acquitté du fardeau qui lui incombait en vue d'obtenir que le verdict du jury soit annulé et qu'un nouveau procès soit ordonné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

R. *c.* Rodgers 554

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Garanties légales ne permettant l'utilisation de la banque de données génétiques qu'à des fins d'identification — Le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque est-il abusif? — Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent-elles un juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que soient dûment identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la communication à son gré de renseignements le concernant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Équité procédurale — Audition ex parte — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'audition ex parte de la demande satisfait-elle aux impératifs constitutionnels minimaux

Suite à la page suivante

three classes of previously convicted offenders — Whether imposition of DNA sampling order amounts to "punishment" within meaning of ss. 11(h) and 11(i) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Criminal law — Forensic DNA analysis — Offenders serving sentences — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether judge lost jurisdiction when he proceeded ex parte in absence of any evidence demonstrating need to do so — Whether offender's certiorari application should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Tranchemontagne *v.* Ontario (Director, Disability Support Program) 513

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Human rights issues — Legislation prohibiting Social Benefits Tribunal from considering constitutional validity of laws and regulations — Whether tribunal has jurisdiction to consider human rights legislation in rendering its decisions — If so, whether tribunal should decline to exercise its jurisdiction in instant cases in favour of more appropriate forum — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 47(2) — Ontario Disability Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, s. 5(2) — Ontario Works Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 67(2).

d'équité procédurale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'imposition d'un tel prélèvement équivaut-elle à une « peine » au sens des art. 11h) et 11i) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit criminel — Analyse génétique — Contrevenants purgeant une peine — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Le juge a-t-il perdu compétence en entendant la demande ex parte sans que n'ait été établie la nécessité de procéder ainsi? — Y a-t-il lieu de faire droit à la requête en certiorari du contrevenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Tranchemontagne *c.* Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées) 513

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions relatives aux droits de la personne — Législation interdisant au Tribunal de l'aide sociale d'examiner la constitutionnalité des lois et règlements — Un tribunal administratif a-t-il compétence pour examiner les lois relatives aux droits de la personne au moment de rendre ses décisions? — Dans l'affirmative, le tribunal administratif devrait-il décliner compétence dans les présentes affaires en faveur d'une juridiction plus appropriée? — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 47(2) — Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, art. 5(2) — Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, art. 67(2).

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

H.J. Heinz Company of Canada Ltd. *Respondent*

and

Information Commissioner of Canada *Intervener*

INDEXED AS: H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. *v.* CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2006 SCC 13.

File No.: 30417.

2005: November 7; 2006: April 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Access to information — Exemptions — Personal information — Third party information — Review by Federal Court — Application by third party under s. 44 of Access to Information Act for review of government institution's decision to disclose record — Whether third party can raise exemption for personal information on s. 44 review — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1), 44.

A federal agency received a request under the *Access to Information Act* ("*Access Act*") for access to certain records pertaining to the respondent company, a third party within the meaning of the Act. The agency determined that some of the records might contain confidential business or scientific information, as described in s. 20(1) of the Act, and requested, pursuant to ss. 27 and 28, that the company make representations as to why the information should not be disclosed. The company submitted its representations and after reviewing them, the agency concluded that the records should be disclosed, subject to certain redactions. The company commenced a review proceeding pursuant to s. 44 of the *Access Act* and, in addition to the confidential business information

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Compagnie H.J. Heinz du Canada ltée *Intimée*

et

Commissaire à l'information du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : CIE H.J. HEINZ DU CANADA LTÉE *c.* CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2006 CSC 13.

N° du greffe : 30417.

2005 : 7 novembre; 2006 : 21 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Accès à l'information — Exceptions — Renseignements personnels — Renseignements concernant un tiers — Révision par la Cour fédérale — Tiers exerçant un recours fondé sur l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision d'une institution fédérale de communiquer un document — Le tiers peut-il invoquer l'exception des renseignements personnels lors d'une révision fondée sur l'art. 44? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19, 20(1), 44.

Un organisme fédéral a reçu une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* (« *LAI* ») en vue d'obtenir la communication de documents relatifs à la compagnie intimée, un tiers au sens de cette loi. L'organisme a jugé que certains documents pourraient contenir des renseignements commerciaux ou scientifiques confidentiels au sens du par. 20(1) de la Loi et, conformément aux art. 27 et 28, il a demandé à la compagnie de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication. La compagnie a présenté ses observations et, après les avoir examinées, l'organisme a conclu que les documents devaient être communiqués sous réserve de certaines modifications. La compagnie a exercé un

exemption, sought to raise the personal information exemption set out in s. 19 of the Act. The application judge concluded that the company could raise the s. 19 exemption on a s. 44 review and ordered the severance of certain records containing personal information. The Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ.: A third party may raise the exemption for personal information set out in s. 19 of the *Access Act* in a s. 44 review. The plain language of the statute, together with the legislative context and combined purposes of the *Access Act* and the *Privacy Act*, provides ample foundation for this conclusion. [22-46]

It is apparent from the scheme and legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* that the combined purpose of the two statutes is to strike a careful balance between privacy rights and the right of access to information. However, within this balanced scheme, the Acts afford greater protection to personal information. By imposing stringent restrictions on the disclosure of personal information, Parliament clearly intended that no violation of privacy rights should occur. Where a third party becomes aware that a government institution intends to disclose a record containing personal information, nothing in the plain language of ss. 28, 44 and 51 of the *Access Act* prevents the third party from raising this concern by applying for review. These sections do not limit the court's discretion to a consideration of the s. 20(1) exemption. Furthermore, s. 44 is the sole mechanism under either the *Access Act* or the *Privacy Act* by which a third party can draw the court's attention to an intended disclosure of personal information in violation of s. 19 of the *Access Act*, and by which it can seek an effective remedy on behalf of others whose privacy is at stake. While the Privacy Commissioner and the Information Commissioner play a central role in the access to information and privacy scheme and have extensive responsibilities, their role is limited by an inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. A reviewing court is in a position to prevent harm from being committed and the statutory scheme imposes no legal barrier to prevent the court from intervening. An interpretation of s. 44 that forces an individual to

recours en révision conformément à l'art. 44 *LAI* et a cherché à invoquer l'exception des renseignements personnels énoncée à l'art. 19 *LAI*, en plus de celle des renseignements commerciaux confidentiels. La juge des requêtes a conclu que la compagnie pouvait, dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 et elle a ordonné le prélèvement de certains documents contenant des renseignements personnels. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella : Un tiers peut invoquer l'exception des renseignements personnels énoncée à l'art. 19 *LAI* dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Le libellé clair du texte législatif, conjugué au contexte et aux objets combinés de la *LAI* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (« *LPRP* »), justifie amplement cette conclusion. [22-46]

Il ressort de l'économie et des historiques de la *LAI* et de la *LPRP* que les deux lois ont pour objet conjugué d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit d'accès à l'information. Toutefois, dans ce régime équilibré, les lois en question accordent une plus grande protection aux renseignements personnels. En imposant des restrictions rigoureuses à la divulgation de renseignements personnels, le législateur a clairement voulu empêcher toute atteinte à cet aspect du droit à la vie privée. Lorsqu'un tiers apprend qu'une institution fédérale a l'intention de communiquer un document contenant des renseignements personnels, rien dans le libellé clair des art. 28, 44 et 51 *LAI* ne l'empêche de soulever cette question au moyen d'un recours en révision. Ces articles ne limitent pas le pouvoir discrétionnaire de la cour à l'examen de l'exception prévue au par. 20(1). En outre, l'art. 44 est le seul mécanisme de la *LAI* ou de la *LPRP* qui permet à un tiers de signaler à la cour que l'on entend divulguer des renseignements personnels contrairement à l'art. 19 *LAI*, et qui lui permet de demander une réparation efficace au nom d'autres personnes dont le droit à la vie privée est susceptible d'être compromis. Bien que le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information jouent un rôle primordial dans le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels, et qu'ils aient d'importantes responsabilités, leur rôle est limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. La cour qui effectue un contrôle est en mesure d'empêcher un préjudice et le

wait until the personal information is disclosed and the damage is done, or that imposes an onerous burden on the person seeking to avert the harm, fails to give proper content to the right to privacy and also fails to satisfy the clear legislative goals underlying the *Access Act* and the *Privacy Act*. A narrow interpretation of s. 44 would weaken the protection of personal information and dilute the right to privacy. [2] [31-35] [45] [63]

Although a review under s. 44 of the *Access Act* is triggered by a third party's right to notice where requested records may contain confidential business information, Parliament's failure to provide a similar notice where personal information is involved does not indicate that the legislature intended that s. 19 should be unavailable on a s. 44 review. The right to notice accorded to third parties follows logically from the specific nature of the confidential business information exemption and does not limit the right of review provided for in s. 44. First, in the case of confidential business information, the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Second, the mandatory nature of s. 19 precludes the need for a notice provision. Under the *Access Act*, notice is a right intended to enable a party to contest the release of information and is therefore required only where the statute contemplates the possibility of making information public, as is the case with confidential business information under s. 20(1). In the specific circumstances in which the *Access Act* does authorize the disclosure of personal information, a notice provision is either superfluous or has in fact been provided for in the legislative scheme (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Given the underlying presumption that personal information will not be disclosed as well as the paramount importance of individual privacy, it would be absurd not to allow third parties to use the mechanism provided for by the legislature to prevent a violation of the spirit and the letter of the *Access Act* and the *Privacy Act*. Allowing the company to raise the s. 19 exemption on a s. 44 review does not create a "second tier" of third parties, but allows the only third party who has access to s. 44 to use this remedy to prevent harm from occurring needlessly. [41] [50-58]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): A third party cannot raise the s. 19

régime législatif n'impose aucun obstacle à son intervention. Une interprétation de l'art. 44 qui oblige un individu à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et que le préjudice soit causé, ou qui impose un lourd fardeau à la personne qui tente d'éviter le préjudice en question, ne donne pas un sens concret au droit à la vie privée et ne respecte pas non plus les objectifs clairs qui sous-tendent la *LAI* et la *LPRP*. Une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblirait la protection des renseignements personnels et diluerait le droit à la vie privée. [2] [31-35] [45] [63]

Bien que le droit du tiers d'être informé lorsque les documents demandés sont susceptibles de contenir des renseignements commerciaux confidentiels ouvre la porte à la révision fondée sur l'art. 44 *LAI*, l'omission du législateur de prescrire un avis semblable lorsqu'il est question de renseignements personnels n'indique pas que celui-ci voulait empêcher que l'art. 19 puisse être invoqué dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Le droit à un avis conféré aux tiers est la conséquence logique de la nature particulière de l'exception des renseignements commerciaux confidentiels et ne limite pas le droit de révision prévu à l'art. 44. Premièrement, en ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Deuxièmement, le caractère impératif de l'art. 19 écarte la nécessité d'une disposition exigeant de donner avis. L'avis prévu à la *LAI* est un droit destiné à permettre à une partie de contester la divulgation de renseignements, et il n'est donc requis que dans le cas où la Loi prévoit la possibilité de publier des renseignements, comme c'est le cas des renseignements commerciaux confidentiels visés au par. 20(1). Dans les cas particuliers où la *LAI* autorise la divulgation de renseignements personnels, une disposition exigeant de donner avis est superflue ou est, en fait, prévue dans le régime législatif (par. 8(5) *LPRP*). Compte tenu de cette présomption fondamentale de non-divulgation des renseignements personnels, ainsi que de l'importance cruciale de la protection de la vie privée des individus, il serait absurde de ne pas permettre à des tiers de recourir au mécanisme prescrit par le législateur pour empêcher une contravention à l'esprit et à la lettre de la *LAI* et de la *LPRP*. Permettre à la compagnie d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44 ne crée pas une « deuxième catégorie » de tiers, mais revient à autoriser le seul tiers qui peut invoquer l'art. 44 à utiliser ce recours pour empêcher qu'un préjudice inutile soit causé. [41] [50-58]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Un tiers ne peut pas invoquer

exemption for personal information on a s. 44 review. In interpreting s. 44 of the *Access Act*, it is necessary to preserve the integrity of the mechanism Parliament has selected. In order to balance the competing rights of access and privacy, Parliament has selected a complaint and investigation process. Where the personal information of individuals is improperly disclosed, those individuals can bring a complaint to the Privacy Commissioner under s. 29 of the *Privacy Act*. There is no notice provision prior to the disclosure of a requested record that might contain exempted personal information, nor does the unlawful disclosure of exempted personal information give rise to a right of judicial review under the *Access Act* or the *Privacy Act*. By virtue of ss. 27, 28 and 29 of the *Access Act*, the legislative scheme provides notice prior to the actual disclosure only where the requested record may contain confidential business information. Since the right to bring a s. 44 review flows from the notice a third party receives because of the believed presence of confidential business information in the requested record, considered in its proper statutory context, s. 44 has nothing to do with the s. 19 exemption. The structure of the *Access Act* and of the *Privacy Act* suggests that Parliament intended that the protection of personal information be assured exclusively by the Office of the Privacy Commissioner. In order to give effect to the legislative intent, the complaint and investigation process contained in s. 29 must be respected. [94-97] [106] [108] [123]

Unless the opportunity to raise exemptions at a s. 44 review proceeding is limited to the s. 20 exemption for confidential business information, third parties who have received notice pursuant to s. 28(1)(*b*) will be afforded an opportunity to raise the s. 19 exemption for personal information in circumstances where no comparable right exists for a third party claiming only that the record contains personal information belonging to it. The effect of the proposed extension of the s. 44 review would be to create two categories of third parties: those who have relevant confidential business information and those who do not. Such a result would be absurd insofar as it would allow greater protection of certain individuals' personal information, depending on the possible application of s. 20. There is no basis for such a two-tiered system in either the *Access Act* or the *Privacy Act*. Furthermore, that right of review may not even belong to the individual whose personal information actually appears in the requested record. In the present case, only the company has the right to apply

l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Pour interpréter l'art. 44 *LAI*, il est nécessaire de préserver l'intégrité du mécanisme que le législateur a choisi. Pour concilier les droits opposés en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée, le législateur a choisi un processus de plainte et d'enquête. Dans le cas où les renseignements personnels d'individus sont divulgués illicitement, l'art. 29 *LPRP* autorise les individus concernés à porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Aucune disposition n'oblige à donner préavis de la communication d'un document susceptible de contenir des renseignements personnels visés par une exemption, et la divulgation illicite de renseignements personnels visés par une exemption ne donne pas non plus naissance au droit à un contrôle judiciaire fondé sur la *LAI* ou la *LPRP*. En vertu des art. 27, 28 et 29 *LAI*, le régime législatif ne prescrit un avis préalable à la communication que dans le cas où le document demandé peut contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Étant donné que le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 découle de l'avis que le tiers reçoit parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels, l'art. 44, situé dans son contexte législatif, n'a rien à voir avec l'exception prévue à l'art. 19. La structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique que le législateur a voulu que la protection des renseignements personnels relève exclusivement du Commissariat à la protection de la vie privée. Pour mettre à exécution l'intention du législateur, il faut respecter l'intégrité du processus de plainte et d'enquête prévu à l'art. 29. [94-97] [106] [108] [123]

À moins que la seule exception qui puisse être invoquée dans un recours en révision fondé sur l'art. 44 soit celle des renseignements commerciaux confidentiels prévue à l'art. 20, les tiers ayant été avisés conformément à l'al. 28(1)*b*) pourront invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans des cas où le tiers qui affirme seulement que le document contient des renseignements personnels le concernant ne possède aucun droit comparable. L'élargissement proposé de la portée de la révision fondée sur l'art. 44 aurait pour effet de créer deux catégories de tiers : ceux qui possèdent des renseignements commerciaux confidentiels pertinents et ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Un tel résultat serait absurde dans la mesure où les renseignements personnels de certains individus pourraient bénéficier d'une protection accrue en fonction de la possibilité d'appliquer l'art. 20. Rien dans la *LAI* ou dans la *LPRP* ne justifie un tel système à deux vitesses. De plus, ce droit de révision n'appartient peut-être même pas à l'individu dont

for a review, notwithstanding that the personal information contained in the record actually belongs to its employees. While both the *Access Act* and the *Privacy Act* expressly allow an authorized agent to bring complaints to the Information Commissioner or to the Privacy Commissioner, respectively, s. 44 does not so provide. [98-102] [107]

Although a third party cannot raise the s. 19 exemption on a s. 44 review, where a government institution acts without or beyond its jurisdiction, it remains open to a party directly affected by the decision to bring an application for judicial review pursuant to s. 18.1 of the *Federal Courts Act*. The decision of the government institution to disclose the requested record is reviewable for jurisdictional error, and the remedy of prohibition is available. The Federal Court judge hearing the judicial review application will only decline to exercise his jurisdiction if satisfied that the statutory scheme provides an adequate alternative remedy. Here, the statutory scheme does not provide the company with an adequate alternative remedy. [108] [114] [117-118]

In view of the critical differences between the two proceedings, there are valid reasons for refusing to collapse a s. 18.1 review within a s. 44 review. However, the Federal Court judge could proceed with both applications at the same time or consecutively, thereby addressing the concerns about unwarranted use of resources. [119-121]

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8; *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1988), 24 F.T.R. 32, aff'd (1990), 107 N.R. 89; *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 213 F.T.R. 125, 2001 FCT 1202, aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575, 2002 FCA 414; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)*, [2003] 4 F.C. 900, 2003 FCT 681; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*,

les renseignements personnels figurent réellement dans le document demandé. En l'espèce, seule la compagnie a le droit d'exercer le recours en révision, en dépit du fait que les renseignements personnels contenus dans le document concernent ses employés. S'il est vrai que la *LAI* et la *LPRP* permettent expressément à un représentant autorisé de porter plainte auprès du Commissaire à l'information ou du Commissaire à la protection de la vie privée, respectivement, ce n'est pas le cas de l'art. 44. [98-102] [107]

Bien qu'un tiers ne puisse pas invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, lorsqu'une institution fédérale agit sans compétence ou outrepasse sa compétence, la partie directement touchée par sa décision peut toujours présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La décision de l'institution fédérale de communiquer le document demandé est susceptible de contrôle judiciaire pour cause d'erreur de compétence et elle peut faire l'objet d'une prohibition. Le juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire ne refusera d'exercer sa compétence que s'il est convaincu que le régime législatif prévoit un autre recours approprié. En l'espèce, le régime législatif n'offre à la compagnie aucun autre recours approprié. [108] [114] [117-118]

Compte tenu des différences cruciales entre les deux recours, il existe des raisons valables de refuser d'amalgamer le contrôle prévu à l'art. 18.1 à une révision fondée sur l'art. 44. Cependant, le juge de la Cour fédérale pourrait examiner les deux demandes en même temps ou consécutivement, ce qui répond à la préoccupation exprimée au sujet de l'utilisation injustifiée des ressources. [119-121]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8; *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1988] A.C.F. nº 902 (QL), conf. par [1990] A.C.F. nº 81 (QL); *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2001] A.C.F. nº 1654 (QL), 2001 CFPI 1202, conf. par [2002] A.C.F. nº 1475 (QL), 2002 CAF 414; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900, 2003 CFPI 681; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9;

[1997] 2 S.C.R. 403; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. Minister of National Revenue* (2003), 239 F.T.R. 1, 2003 FC 1037; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194; *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2003] F.C.J. No. 348 (QL), 2003 FCT 254; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

By Bastarache J. (dissenting)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8; *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 3 "record", "third party", 4, 7, 9, 10, 13 to 18, 19, 20, 21 to 30, 35, 36, 37, 41, 42(1), 44, 51, 54(2), 55(2), 63, 64, 66(1).

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, s. 28(5).

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal", 18, 18.1, 18.5.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, Part I.

Privacy Act, R.S.C. 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "personal information", 4 to 8, 21, 29, 31 to 35, 37, 46, 53(2), 54(2), 55(1), 64, 65, 67(1).

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2003] A.C.F. nº 1308 (QL), 2003 CF 1037; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989] A.C.F. nº 453 (QL); *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2003] A.C.F. nº 348 (QL), 2003 CFPI 254; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8; *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 3 « document », « tiers », 4, 7, 9, 10, 13 à 18, 19, 20, 21 à 30, 35, 36, 37, 41, 42(1), 44, 51, 54(2), 55(2), 63, 64, 66(1).

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, art. 28(5).

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 2, 3 « renseignements personnels », 4 à 8, 21, 29, 31 à 35, 37, 46, 53(2), 54(2), 55(1), 64, 65, 67(1).

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, partie I.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 18, 18.1, 18.5.

Authors Cited

Bennett, Colin J. "The privacy commissioner of Canada: Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas" (2003), 46 *Canadian Public Administration* 218.

Canada. *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 32nd Parl., January 29, 1981, pp. 6689-91.

Canada. Justice Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of Justice. *The Offices of the Information and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, by Gérard V. La Forest, November 15, 2005 (online: www.justice.gc.ca/en/pl/toc.html).

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Nadon and Pelletier JJ.A.), [2005] 1 F.C.R. 281, 241 D.L.R. (4th) 367, 320 N.R. 300, 14 Admin. L.R. (4th) 123, 32 C.P.R. (4th) 385, [2004] F.C.J. No. 773 (QL), 2004 FCA 171, upholding a decision of Layden-Stevenson J., [2003] 4 F.C. 3, [2003] F.C.J. No. 344 (QL), 2003 FCT 250. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Christopher Rupar, for the appellant.

Nicholas McHaffie and *Craig Collins-Williams*, for the respondent.

Raynold Langlois, *Q.C.*, and *Daniel Brunet*, for the intervener.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish and Abella JJ. was delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

This case concerns the delicate balance between privacy rights and the right of access to information. The respondent, H.J. Heinz Company of Canada Ltd. ("Heinz"), contests the disclosure of certain documents on the ground that they contain personal information. Heinz, as a "third party" within the meaning of the *Access to Information*

Doctrine citée

Bennett, Colin J. « The privacy commissioner of Canada : Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas » (2003), 46 *Administration publique du Canada* 218.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1re sess., 32e lég., 29 janvier 1981, p. 6689-6691.

Canada. Justice Canada. Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice. *Les Commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, par Gérard V. La Forest, 15 novembre 2005 (en ligne : www.justice.gc.ca/fr/pl/toc.html).

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Nadon et Pelletier), [2005] 1 R.C.F. 281, 241 D.L.R. (4th) 367, 320 N.R. 300, 14 Admin. L.R. (4th) 123, 32 C.P.R. (4th) 385, [2004] A.C.F. nº 773 (QL), 2004 CAF 171, confirmant une décision de la juge Layden-Stevenson, [2003] 4 C.F. 3, [2003] A.C.F. nº 344 (QL), 2003 CFPI 250. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Christopher Rupar, pour l'appelant.

Nicholas McHaffie et *Craig Collins-Williams*, pour l'intimée.

Raynold Langlois, *c.r.*, et *Daniel Brunet*, pour l'intervenant.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish et Abella rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

1 La présente affaire met en cause le fragile équilibre entre le droit à la protection des renseignements personnels et le droit d'accès à l'information. L'intimée, la Compagnie H.J. Heinz du Canada ltée (« Heinz »), s'oppose à la communication de certains documents pour le motif qu'ils contiennent des renseignements personnels. En sa qualité

Act, R.S.C. 1985, c. A-1 ("*Access Act*"), seeks to raise the personal information exemption set out in s. 19 by means of an application for review under s. 44 of that Act. The appellant, the Attorney General of Canada, and the intervener, the Information Commissioner of Canada, however, argue that the documents must be disclosed. They assert that the review mechanism provided for in s. 44 is limited to the confidential *business* information which was the basis for Heinz's third party status in the first place. In their submission, a person wishing to complain about the disclosure of *personal* information should instead seek a remedy under the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

2 The Attorney General's narrow interpretation of the legislative scheme is, in my view, too restrictive of the rights involved. This Court has stated on numerous occasions that the *Privacy Act* and the *Access Act* must be read together as a "seamless code": *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8 ("*RCMP*"), at para. 22. The right of access to government information, while an important principle of our democratic system, cannot be read in isolation from an individual's right to privacy. By including a mandatory privacy exemption in the *Access Act* itself, Parliament ensured that both statutes recognize that the protection of the privacy of individuals is paramount over the right of access, except as prescribed by law. Where a third party becomes aware that a government institution intends to disclose a record containing personal information, nothing in the plain language of the *Access Act* prevents the third party from raising this concern by applying for judicial review. What matters is not how the reviewing court became aware of the government's wrongful decision to disclose personal information, but the court's ability to give meaning to the right to privacy. A reviewing court is in a position to prevent harm from being committed and the statutory scheme imposes no legal barrier to prevent the court from intervening. An interpretation of s. 44 that forces an individual to wait

de « tiers » au sens de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *LAI* »), Heinz cherche à invoquer l'exception des renseignements personnels énoncée à l'art. 19 en exerçant le recours en révision prévu à l'art. 44 de cette loi. L'appelant, le procureur général du Canada, et l'intervenant, le Commissaire à l'information du Canada, prétendent toutefois que les documents doivent être communiqués à l'auteur de la demande. Ils affirment que le mécanisme de révision prévu à l'art. 44 ne peut être utilisé qu'à l'égard des renseignements *commerciaux* confidentiels qui conféraient à Heinz sa qualité de tiers. À leur avis, une personne qui veut se plaindre de la divulgation de renseignements *personnels* devrait plutôt exercer un recours en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »).

J'estime que l'interprétation restrictive du régime législatif préconisée par le procureur général limite trop la portée des droits en cause. Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que la *LPRP* et la *LAI* doivent être interprétées conjointement comme un « code homogène » : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8 (« *GRC* »), par. 22. Bien qu'il constitue un principe important de notre système démocratique, le droit d'accès aux renseignements de l'administration fédérale ne saurait être interprété séparément du droit individuel à la vie privée. En établissant, dans la *LAI* même, une exception impérative applicable aux renseignements personnels, le législateur a veillé à ce que les deux lois reconnaissent que la protection de la vie privée des particuliers l'emporte sur le droit d'accès à l'information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Lorsqu'un tiers apprend qu'une institution fédérale a l'intention de communiquer un document contenant des renseignements personnels, rien dans le libellé clair de la *LAI* ne l'empêche de soulever cette question au moyen d'une demande de contrôle judiciaire. Ce qui importe n'est pas tant la manière dont la cour qui effectue le contrôle a pris connaissance de la décision répréhensible de l'administration fédérale de divulguer des renseignements personnels que la capacité de cette cour de donner un sens au droit à la vie privée. La cour qui effectue

until the personal information is disclosed and the damage is done, or that imposes an onerous burden on the person seeking to avert the harm, fails to give actual content to the right to privacy and also fails to satisfy the clear legislative goals underlying the *Access Act* and the *Privacy Act*.

un contrôle est en mesure d'empêcher un préjudice et le régime législatif n'impose aucun obstacle à son intervention. Une interprétation de l'art. 44 qui oblige un individu à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et que le préjudice soit causé, ou qui impose un lourd fardeau à la personne qui tente d'éviter le préjudice en question, ne donne pas un sens concret au droit à la vie privée et ne respecte pas non plus les objectifs clairs qui sous-tendent la *LAI* et la *LPRP*.

2. Facts

2. Les faits

In June 2000, the Canadian Food Inspection Agency ("CFIA") received a request under the *Access Act* for access to certain records pertaining to Heinz. The CFIA determined that some of the records might contain confidential business or scientific information, as described in s. 20(1) of the *Access Act*, and requested, pursuant to ss. 27 and 28 of the Act, that Heinz make representations as to why the documents should not be disclosed. Heinz submitted its representations in early September. After reviewing them, the CFIA concluded that the records should be disclosed, subject to certain redactions, and notified Heinz of its decision. On September 27, 2000, Heinz commenced a review proceeding pursuant to s. 44 of the *Access Act*, arguing that certain records should not be disclosed because they fell under two exemptions established by the Act: that of s. 20(1), which prohibits the disclosure of confidential business information, and that of s. 19(1), which prohibits the disclosure of personal information relating to individuals.

3 En juin 2000, l'Agence canadienne d'inspection des aliments (« ACIA ») a reçu une demande de communication de documents relatifs à Heinz présentée en vertu de la *LAI*. L'ACIA a jugé que certains documents pourraient contenir des renseignements commerciaux ou scientifiques confidentiels au sens du par. 20(1) *LAI* et, conformément aux art. 27 et 28 de cette loi, elle a demandé à Heinz de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication. Heinz a présenté ses observations au début du mois de septembre. Après avoir examiné ces observations, l'ACIA a conclu que les documents devaient être communiqués sous réserve de certaines modifications et elle a avisé Heinz de sa décision. Le 27 septembre 2000, Heinz a exercé un recours en révision conformément à l'art. 44 *LAI*, en faisant valoir que certains documents ne devaient pas être communiqués parce qu'ils étaient visés par deux exceptions établies par cette loi, à savoir celle prévue au par. 20(1), qui interdit la divulgation de renseignements commerciaux confidentiels, et celle prévue au par. 19(1), qui interdit la divulgation de renseignements personnels concernant des individus.

In the review proceeding, the Attorney General argued that it was inappropriate for Heinz to raise any exemption other than s. 20(1) because it was the presence of business information which was the basis for Heinz's right of review in the first place. The application judge disagreed, concluding that Heinz could raise the personal information exemption under s. 19, and ordered the severance of certain records containing personal information relating to individuals. The Attorney General appealed

4 Lors du recours en révision, le procureur général a soutenu que Heinz ne pouvait pas invoquer une autre exception que celle prévue au par. 20(1) étant donné que son droit de révision tenait, au départ, à la présence de renseignements commerciaux. Écartant cet argument, la juge des requêtes a conclu que Heinz pouvait invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 et elle a ordonné le prélèvement de certains documents contenant des renseignements personnels.

that decision. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal.

3. Judicial History and Case Law

5 The judgments of both the Federal Court of Appeal and the Federal Court—Trial Division are rooted in the jurisprudence of the Federal Court of Canada. I will therefore review the judgments in this case in conjunction with the case law of the Federal Court of Canada.

3.1 *Federal Court—Trial Division*, [2003] 4 F.C. 3, 2003 FCT 250

6 In the Trial Division, Layden-Stevenson J. considered whether, in a s. 44 application for review, Heinz could raise the prohibition against the disclosure of personal information established by s. 19 of the *Access Act*. She reviewed two prior Federal Court of Canada decisions which appeared to come to contradictory conclusions regarding the scope of s. 44: *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1988), 24 F.T.R. 32, aff'd (1990), 107 N.R. 89 (C.A.), and *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 213 F.T.R. 125, 2001 FCT 1202, aff'd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575, 2002 FCA 414.

7 *Saint John Shipbuilding*, concerned an application under s. 44 for a review of a decision by the Department of Supply and Services to release certain extracts from and summaries of a contract with the Government of Canada. The applicant was primarily concerned with the proper application of s. 20(1)(*c*) and (*d*) of the *Access Act* but urged the court to consider s. 15 as well. Section 15 provides that the head of an institution "may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to . . . the defence of Canada". Because the material at issue consisted of defence-related contracts, the applicant raised the fact that s. 15 of the

Le procureur général a appelé de cette décision, mais son appel a été rejeté par la Cour d'appel fédérale.

3. L'historique des procédures judiciaires et la jurisprudence

Les jugements de la Cour d'appel fédérale et de la Section de première instance de la Cour fédérale reposent tous les deux sur la jurisprudence de la Cour fédérale du Canada. J'examinerai donc les jugements rendus en l'espèce conjointement avec la jurisprudence de la Cour fédérale du Canada.

3.1 *Section de première instance de la Cour fédérale*, [2003] 4 C.F. 3, 2003 CFPI 250

La juge Layden-Stevenson, de la Section de première instance, s'est demandé si, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, Heinz pouvait invoquer l'interdiction de divulguer des renseignements personnels prévue à l'art. 19 *LAI*. Elle a examiné deux décisions antérieures de la Cour fédérale du Canada qui paraissaient arriver à des conclusions contradictoires concernant la portée de l'art. 44 : *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)*, [1988] A.C.F. nº 902 (QL) (1re inst.), conf. par [1990] A.C.F. nº 81 (QL) (C.A.), et *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2001] A.C.F. nº 1654 (QL), 2001 CFPI 1202, conf. par [2002] A.C.F. nº 1475 (QL), 2002 CAF 414.

Dans l'affaire *Saint John Shipbuilding*, il était question d'un recours en révision exercé, en vertu de l'art. 44, relativement à une décision du ministère des Approvisionnements et Services de communiquer certains extraits et résumés d'un contrat conclu avec le gouvernement du Canada. Bien que l'application correcte des al. 20(1)*c*) et *d*) *LAI* ait été le principal enjeu du litige, la demanderesse a invité la cour à tenir compte également de l'art. 15. Cet article prévoit que le responsable d'une institution fédérale « peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à [. . .] la défense du Canada ». Étant donné que les documents en cause étaient des

Access Act might also exempt the records from disclosure, and urged the court to be particularly reticent to allow the records to be released. However, both the Trial Division and the Federal Court of Appeal rejected the applicant's arguments respecting s. 15. Martin J., writing for the Trial Division, held that his powers of review in a s. 44 proceeding were limited to the considerations set out in s. 20(1) of the Act and that the national security issue was irrelevant to the proceeding. Similarly, Hugessen J.A. at the Federal Court of Appeal stated that "the appellant's interest, as third party intervenor in a request for information, is limited to those matters set out in s. 20(1)" (para. 9).

In *Siemens*, by contrast, the Federal Court of Appeal held that it was unable to interpret s. 44 in a way that would limit the jurisdiction of the court and prevent s. 24 from being involved. By implication, therefore, the Court of Appeal found that the applicant was not limited to the exemption set out in s. 20(1) of the *Access Act*. The applicant objected to the disclosure of information on the ground that s. 30 of the *Defence Production Act*, which is incorporated into the *Access Act* by virtue of s. 24, precluded release of the documents. At trial, McKeown J. accepted that s. 30 of the *Defence Production Act* applied, thereby implicitly accepting that he had jurisdiction to apply s. 24 in the context of a s. 44 application. Crown counsel apparently argued against this approach on appeal, asserting that s. 44 limits the jurisdiction of the court such that only s. 20(1) can be raised in a s. 44 review. In delivering a laconic decision from the bench, however, the Federal Court of Appeal dismissed the Crown's arguments, stating simply: "We are unable to interpret s. 44 in this way."

At trial in the instant case, Layden-Stevenson J. reconciled *Saint John Shipbuilding* and *Siemens* by

contrats liés à la défense, la demanderesse a souligné que l'art. 15 *LAI* pourrait également soustraire les documents à la communication, et elle a invité la cour à se montrer particulièrement réticente à autoriser la communication des documents. La Section de première instance et la Cour d'appel fédérale ont toutefois toutes les deux rejeté les arguments de la demanderesse concernant l'art. 15. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Section de première instance, le juge Martin a affirmé que, dans un recours fondé sur l'art. 44, ses pouvoirs de révision se limitaient aux facteurs énumérés au par. 20(1) de la Loi et que la question de la sécurité nationale n'avait rien à voir avec le recours dont il était saisi. De même, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale a déclaré que « l'intérêt de l'appelante, en tant que tierce partie intervenante dans une demande de renseignements, se limite aux sujets énoncés dans le paragraphe 20(1) » (par. 9).

8 Par contre, dans l'arrêt *Siemens*, la Cour d'appel fédérale s'est dite incapable de donner à l'art. 44 une interprétation qui limiterait la compétence de la cour et empêcherait l'art. 24 d'entrer en jeu. La Cour d'appel a donc implicitement conclu que la demanderesse n'avait pas à s'en tenir à l'exception énoncée au par. 20(1) *LAI*. La demanderesse s'opposait à la divulgation de renseignements pour le motif que l'art. 30 de la *Loi sur la production de défense*, incorporé à la *LAI* en raison de l'art. 24, interdisait la communication des documents. En première instance, le juge McKeown a reconnu que l'art. 30 de la *Loi sur la production de défense* s'appliquait, admettant ainsi implicitement qu'il avait compétence pour appliquer l'art. 24 dans un recours fondé sur l'art. 44. Lors de l'appel, l'avocate de la Couronne s'est manifestement opposée à cette thèse en faisant valoir que l'art. 44 limite la compétence de la cour de sorte que seul le par. 20(1) peut être invoqué dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44. Rendant une décision laconique à l'audience, la Cour d'appel fédérale a rejeté les arguments de la Couronne en déclarant simplement : « Nous ne pouvons interpréter l'article 44 de cette façon. »

9 Lors du procès tenu en l'espèce, la juge Layden-Stevenson a concilié les arrêts *Saint John*

pointing out that the *Access Act* contains both mandatory and discretionary exemptions and that the procedure for refusing disclosure differs under the two types of exemptions. A mandatory exemption requires only a decision as to whether the material falls within the exemption; a discretionary exemption, by contrast, requires the government institution to determine, first, whether the information falls within the exemption and, second, whether the material should be disclosed regardless. Layden-Stevenson J. found that the holding in *Saint John Shipbuilding* related specifically to the application of a discretionary exemption and did not prohibit raising *mandatory* exemptions in an application for review under s. 44. She added that in *Siemens*, the Federal Court of Canada had, in addressing the application of a mandatory exemption (s. 24), found that the exemption in question could be raised in a s. 44 proceeding. She therefore concluded, on the basis that the s. 19 prohibition against disclosing personal information is a mandatory exemption, that Heinz could raise s. 19 in a s. 44 proceeding.

10 Finally, Layden-Stevenson J. relied on the principles of statutory interpretation stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, to hold that Heinz was entitled to raise the personal information exemption because there is no restriction on the "representations" that can be made under s. 28 of the *Access Act*. She agreed that some of the requested information met the criteria of s. 19 and severed specific passages as a result. She ordered that the remaining records be disclosed.

3.2 *Federal Court of Appeal*, [2005] 1 F.C.R. 281, 2004 FCA 171

11 On appeal, Nadon J.A. held that *Siemens* had settled the debate regarding the scope of s. 44 and that it was impossible to distinguish *Siemens* from the instant case on any basis. The Federal Court of Appeal had clearly decided in *Siemens* that a third party could, on a s. 44 application, seek to prevent

Shipbuilding et *Siemens* en soulignant que la *LAI* comporte des exceptions tant impératives que discrétionnaires et que la procédure de refus de communication varie d'un type d'exception à l'autre. Dans le cas d'une exception impérative, il faut simplement décider si le document est visé par l'exception; par contre, dans le cas d'une exception discrétionnaire, l'institution fédérale doit décider, premièrement, si les renseignements sont visés par l'exception et, deuxièmement, si le document qui les contient doit être communiqué malgré tout. La juge Layden-Stevenson a conclu que la décision rendue dans l'affaire *Saint John Shipbuilding* concernait précisément l'application d'une exception discrétionnaire et n'interdisait pas d'invoquer des exceptions *impératives* dans un recours en révision fondé sur l'art. 44. Elle a ajouté que, en examinant l'application d'une exception impérative (art. 24) dans l'affaire *Siemens*, la Cour fédérale du Canada avait décidé que l'exception en question pouvait être invoquée dans un recours fondé sur l'art. 44. Elle a donc conclu que, puisque l'interdiction de divulguer des renseignements personnels prévue à l'art. 19 est une exception impérative, Heinz pouvait invoquer l'art. 19 dans un recours fondé sur l'art. 44.

Enfin, se fondant sur les principes d'interprétation législative énoncés dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, la juge Layden-Stevenson a décidé que Heinz avait le droit d'invoquer l'exception des renseignements personnels parce que les « observations » pouvant être présentées en vertu de l'art. 28 *LAI* ne font l'objet d'aucune restriction. Reconnaissant que certains renseignements demandés satisfaisaient aux critères de l'art. 19, elle a alors prélevé certains passages précis. Elle a ordonné la communication du reste des documents.

3.2 *Cour d'appel fédérale*, [2005] 1 R.C.F. 281, 2004 CAF 171

En appel, le juge Nadon a conclu que l'arrêt *Siemens* avait clos le débat concernant la portée de l'art. 44 et que rien ne permettait de distinguer *Siemens* de la présente affaire. Dans l'arrêt *Siemens*, la Cour d'appel fédérale avait clairement statué que le tiers qui exerçait un recours fondé

the disclosure of records on the basis of exemptions other than confidential business information. Nadon J.A. refused to overturn *Siemens*, because it could not be said that the decision in that case was "manifestly wrong" (para. 56). He accordingly dismissed the appeal.

sur l'art. 44 pouvait chercher à empêcher la communication de documents en invoquant d'autres exceptions que celle des renseignements commerciaux confidentiels. Le juge Nadon a refusé d'infirmer l'arrêt *Siemens* parce qu'il ne pouvait pas être qualifié de « manifestement erroné » (par. 56). Il a donc rejeté l'appel.

3.3 *Applicability of the Case Law*

Neither *Saint John Shipbuilding* nor *Siemens* provides this Court with specific reasoning on the proper scope of a s. 44 application. More importantly, the exemption provision at issue here (s. 19) differs markedly in nature, purpose and application from the exemption provisions raised in the prior cases. Parliament's harmonized design of access to information and privacy legislation clearly indicates, as this Court's jurisprudence has confirmed, that the *Access Act* and the *Privacy Act* must be read together, with special emphasis given to the protection of personal information.

3.3 *Applicabilité de la jurisprudence*

12 Ni l'un ni l'autre des arrêts *Saint John Shipbuilding* et *Siemens* ne fournit à la Cour un raisonnement particulier en ce qui concerne la portée que doit avoir un recours fondé sur l'art. 44. Qui plus est, de par sa nature, son objet et son application, la disposition établissant l'exception en l'espèce (art. 19) diffère sensiblement de celles qui ont été invoquées dans les affaires antérieures. Comme le confirme la jurisprudence de notre Cour, l'intention du législateur d'harmoniser les lois en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels indique clairement qu'il faut interpréter conjointement la *LAI* et la *LPRP*, tout en accordant une importance particulière à la protection des renseignements personnels.

The applicability of the personal information exemption in a s. 44 proceeding was also at issue in *SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)*, [2003] 4 F.C. 900, 2003 FCT 681, which was heard by the Federal Court—Trial Division soon after the case at bar. In that case, SNC Lavalin, a large engineering construction company, contested a decision of the Canadian International Development Agency to disclose documents to an access requester. Like Heinz, SNC Lavalin claimed that a number of the requested documents contained personal information relating to individuals and should not be released pursuant to s. 19 of the *Access Act*. The trial judge rejected Lavalin's arguments, suggesting that in order to confer on a third party a right to make representations unrelated to confidential business information (s. 20(1)), the court would have to read words into s. 28(1), the provision which establishes a third party's right to make representations. Reading in would violate the established principle that "the court should not accept an interpretation which

13 Dans l'affaire *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900, 2003 CFPI 681, que la Section de première instance de la Cour fédérale a entendue peu de temps après le présent dossier, il était aussi question de l'applicabilité de l'exception des renseignements personnels à un recours fondé sur l'art. 44. Dans cette affaire, SNC Lavalin, une grande société d'ingénierie et de construction, contestait la décision de l'Agence canadienne de développement international de communiquer des documents à l'auteur d'une demande en ce sens. À l'instar de Heinz, SNC Lavalin a allégué qu'un certain nombre des documents demandés contenaient des renseignements personnels et qu'ils ne devaient pas être communiqués en vertu de l'art. 19 *LAI*. Le juge de première instance a rejeté les arguments de Lavalin en indiquant que, pour conférer à un tiers le droit de présenter des observations n'ayant rien à voir avec des renseignements commerciaux confidentiels (par. 20(1)), la cour devrait ajouter des mots au par. 28(1), qui établit le droit des tiers de présenter des

requires the insertion of extra wording where there is another acceptable interpretation which does not require any additional wording": *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 27, as cited in *Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9, at para. 15.

14 For the reasons discussed below, however, I am unable to agree with the trial judge's conclusions in *SNC Lavalin*. The applicability of s. 19 in the context of a s. 44 review is now squarely before the Court and must be addressed keeping in mind the principles of statutory interpretation and, in particular, the broader purpose and context of the federal access to information and privacy legislation.

15 Before proceeding to the analysis, it will thus be helpful to review the legislative framework.

4. Legislative Provisions

16 The relevant legislative provisions are set out in the Appendix. However, the process under the *Access Act* for reviewing decisions to disclose information involves the interaction of multiple provisions, and it is worth examining the key provisions in greater detail.

17 The *Access Act* establishes a broad right of access to records under the control of government institutions (s. 4). At the same time, the Act recognizes that rights of access are not absolute by outlining a number of exemptions to disclosure (ss. 13 to 26). Most important for the purposes of this case are the exemptions relating to personal information (s. 19) and to confidential business information (s. 20(1)). They provide as follows:

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

observations. Ajouter à la disposition des termes qui n'y sont pas violerait le principe reconnu selon lequel « un tribunal ne devrait pas accepter une interprétation qui nécessite l'ajout de mots, lorsqu'il existe une autre interprétation acceptable qui ne requiert aucun ajout de cette nature » : *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 27, cité dans *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, 2003 CSC 9, par. 15.

Pour les motifs exposés ci-après, je ne puis toutefois souscrire aux conclusions du juge de première instance dans l'affaire *SNC Lavalin*. La Cour est maintenant directement saisie de la question de l'applicabilité de l'art. 19 dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, et elle doit l'examiner en tenant compte des principes d'interprétation législative et, plus particulièrement, de l'objet et du contexte plus larges des lois fédérales en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels.

Avant de procéder à l'analyse, il sera donc utile d'examiner le cadre législatif.

4. Les dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l'annexe. L'interaction de plusieurs dispositions de la *LAI* dans le processus de révision des décisions de divulguer des renseignements fait que certaines dispositions clés méritent d'être examinées plus à fond.

La *LAI* établit un droit général d'accès aux documents des institutions fédérales (art. 4). Elle reconnaît du même coup que ce droit d'accès n'est pas absolu en énumérant un certain nombre d'exceptions à la communication des documents (art. 13 à 26). Les exceptions applicables aux renseignements personnels (art. 19) et aux renseignements commerciaux confidentiels (par. 20(1)) sont les plus importantes pour les besoins du présent pourvoi. Les voici :

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

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

(*a*) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(*b*) the information is publicly available; or

(*c*) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) trade secrets of a third party;

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(*c*) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(*d*) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

Section 19(1) thus creates a mandatory prohibition against the disclosure of "personal information", which is defined in s. 3 of the *Privacy Act* as "information about an identifiable individual that is recorded in any form". Section 20(1) prohibits the disclosure of records containing confidential business information supplied by a "third party". A "third party" is defined as "any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution" (s. 3 of the *Access Act*). The parties are not debating at this stage whether certain information contained in the records meets the criteria of s. 19; rather, the issue in the case at bar is whether s. 19 may be raised in a s. 44 review proceeding.

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

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

Le paragraphe 19(1) crée ainsi une interdiction absolue de divulguer des « renseignements personnels », que l'art. 3 *LPRP* définit comme étant des « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ». Le paragraphe 20(1) interdit la communication de documents contenant des renseignements commerciaux confidentiels fournis par un « tiers ». Le terme « tiers » est défini comme étant une « personne, [un] groupement ou [une] organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale » (art. 3 *LAI*). Le litige ne porte pas sur la question de savoir si certains renseignements contenus dans les documents satisfont aux critères de l'art. 19; il s'agit plutôt de savoir, en l'espèce, si l'art. 19 peut être invoqué dans un recours en révision fondé sur l'art. 44. 18

19 Where a government institution intends to disclose confidential business information, the *Access Act* provides that the institution must give the third party notice (s. 27(1)) and that the third party has the right to make representations to the institution as to why the record should *not* be disclosed (s. 28(1)(*a*)). It is important to note that the third party also has the right to be given notice if the institution decides to go ahead and disclose the record (s. 28(1)(*b*)). (This right to notice is also triggered under s. 29(1) of the *Access Act* by a recommendation for disclosure by the Information Commissioner, although only s. 28(1) is relevant to the facts of the instant case.) If the third party wishes to contest the government institution's decision to disclose the record, he or she may apply to the Federal Court for a review of the matter pursuant to s. 44(1), which reads as follows:

> **44.** (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

Third parties who have received notice regarding the disclosure of confidential business information are thus accorded a special right of review. Moreover, if a s. 44 review is initiated, the person who made the original request for access must be notified and given the opportunity to appear as a party (ss. 44(2) and 44(3)).

20 These provisions must now be put in context.

5. Analysis

5.1 *Statutory Interpretation*

21 As with most questions of statutory interpretation, the dispute can be resolved through what is now commonly referred to as the modern approach: "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" (*Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21 (citing

Dans le cas où une institution fédérale entend divulguer des renseignements commerciaux confidentiels, la *LAI* prévoit qu'elle doit en aviser le tiers intéressé (par. 27(1)) et que celui-ci a le droit de lui présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un *refus* de communication du document les contenant (al. 28(1)*a*)). Il importe de noter que le tiers a aussi droit à un avis si l'institution décide d'aller de l'avant et de communiquer le document (al. 28(1)*b*)). (La recommandation du Commissaire à l'information de donner communication, prévue au par. 29(1) *LAI*, donne également naissance au droit à un avis, bien que seul le par. 28(1) soit pertinent quant aux faits de la présente affaire.) Le tiers qui souhaite contester la décision de l'institution fédérale de communiquer le document peut exercer, devant la Cour fédérale, un recours en révision fondé sur le par. 44(1), qui se lit ainsi :

> **44.** (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

Les tiers qui ont été avisés de la divulgation de renseignements commerciaux confidentiels obtiennent donc un droit de révision spécial. De plus, lorsqu'un recours en révision est exercé en vertu de l'art. 44, l'auteur de la demande de communication initiale doit être avisé et avoir la possibilité de comparaître comme partie (par. 44(2) et (3)).

Il faut maintenant mettre ces dispositions en contexte.

5. Analyse

5.1 *Interprétation législative*

Comme pour la plupart des questions d'interprétation législative, la solution peut être trouvée grâce à ce qui est communément appelé la méthode d'interprétation moderne : [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 » (*Rizzo & Rizzo Shoes*,

E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)).

5.1.1 Legislative History

Originally considered together by Parliament and enacted simultaneously in 1982, the *Access Act* and the *Privacy Act* are parallel statutes which in combination provide a cohesive framework for balancing the right of access to information and privacy rights: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 45. As is clear from the parliamentary debates at the time the Acts were introduced, Parliament intended the new, comprehensive access to information and privacy legislation to increase government accountability in two ways: first, by ensuring that access to information under government control is a public right rather than a matter of government discretion and, second, by strengthening the rights of individuals to know "how personal information will be used . . . that the information used for decision-making purposes is accurate . . . and that information collected by government institutions is relevant to their legitimate programs and operations": *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 32nd Parl., January 29, 1981, at pp. 6689-91, Second Reading of Bill C-43 by the Hon. Mr. Francis Fox, then Minister of Communications.

Significantly, while protecting personal information is the primary purpose of the *Privacy Act*, the *Access Act* also recognizes the importance of protecting privacy rights, and in so doing necessarily qualifies the right of access to information under government control articulated in s. 4(1) of the Act: *RCMP*, at para. 22. Indeed, when the *Access Act* and the *Privacy Act* were introduced in Parliament, the then Minister of Communications emphasized that, while the Bill dealt with both access to information and privacy, it ensured "a consistent treatment of personal information and the protection of individual privacy" (*House of Commons Debates*, at p. 6690 (emphasis added)). More specifically,

par. 21 (citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87)).

5.1.1 Historique législatif

22 Débattues ensemble au Parlement et adoptées simultanément en 1982, la *LAI* et la *LPRP* sont des lois parallèles qui établissent conjointement un mécanisme cohérent de conciliation du droit d'accès à l'information et du droit à la protection des renseignements personnels : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 45. Comme le montrent clairement les débats parlementaires ayant suivi le dépôt de ces lois, le législateur voulait que la nouvelle législation globale en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels responsabilise davantage de deux façons l'administration fédérale : premièrement, en veillant à ce que l'accès à l'information relevant de l'administration fédérale soit un droit du public au lieu d'être laissé à la discrétion de l'administration fédérale et, deuxièmement, en renforçant le droit de chacun de savoir « comment les renseignements personnels le concernant sont utilisés, [. . .] que les renseignements utilisés comme éléments de décision sont exacts, [. . .] que les renseignements recueillis par les institutions fédérales se rapportent bien à leurs programmes et à leurs opérations » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1re sess., 32e lég., 29 janvier 1981, p. 6689-6691, deuxième lecture du projet de loi C-43 par l'honorable Francis Fox, ministre des Communications à l'époque.

23 Fait révélateur, alors que la *LPRP* vise principalement la protection des renseignements personnels, la *LAI* reconnaît également l'importance de protéger le droit à la vie privée et limite nécessairement, de ce fait, la portée du droit d'accès à l'information relevant de l'administration fédérale qu'elle prévoit au par. 4(1) : *GRC*, par. 22. En fait, au moment où la *LAI* et la *LPRP* ont été déposées au Parlement, le ministre des Communications de l'époque a souligné que, bien qu'il ait porté à la fois sur l'accès à l'information et sur la protection des renseignements personnels, le projet de loi était en mesure d'offrir « un régime cohérent pour l'accès aux renseignements personnels et pour leur

the legislature ensured the protection of personal information under the *Access Act* through s. 19, which mandatorily prohibits government institutions from disclosing personal information about an individual to an access requester, subject to certain exceptions.

24 As demonstrated by the background to the enactment of the two statutes, therefore, Parliament has created a legislative scheme which, while intended to ensure access to information on the one hand and protect individual privacy on the other, consistently protects personal information. As a result of these tightly interlaced legislative histories, s. 44 cannot be interpreted simply with regard to the purpose of the *Access Act*, but must also be understood with reference to the purpose of the *Privacy Act*. I will therefore now turn to an analysis of the differing, but connected, purposes of the two statutes.

5.1.2 Purpose

25 As I have suggested, the closely related legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* require a reviewing court to consider the purposes of both statutes rather than viewing each one in isolation from the other. In *Dagg*, La Forest J. (dissenting but not on this point) came to the same conclusion. Addressing the tension between "two competing legislative policies" (para. 45), he suggested that while some friction between the right of access to information and privacy rights is inevitable, the two statutes "set out a coherent and principled mechanism for determining which value should be paramount in a given case" (para. 45). Like two sides of the same coin, the *Access Act* and the *Privacy Act* ensure that neither the right of access to information nor the right to individual privacy is given absolute pre-eminence.

26 The intimate connection between the right of access to information and privacy rights does not mean, however, that equal value should be accorded to all rights in all circumstances. The legislative scheme established by the *Access Act* and

protection » (*Débats de la Chambre des communes*, p. 6690 (je souligne)). Plus particulièrement, le législateur assurait la protection des renseignements personnels au sens de la *LAI* grâce à l'art. 19, qui interdit catégoriquement aux institutions fédérales de divulguer les renseignements personnels d'un individu à l'auteur d'une demande de communication, sous réserve de certaines exceptions.

Comme le démontre le contexte dans lequel les deux lois ont été adoptées, le législateur a donc créé un régime législatif qui, tout en étant destiné à assurer l'accès à l'information, d'une part, et la protection de la vie privée des particuliers, d'autre part, protège systématiquement les renseignements personnels. En raison des historiques étroitement liés de ces lois, l'art. 44 doit non seulement être interprété en fonction de l'objet de la *LAI*, mais encore en fonction de l'objet de la *LPRP*. En conséquence, je passe maintenant à l'analyse des objets distincts, mais connexes, de ces deux lois.

5.1.2 L'objet

Comme je l'ai indiqué, les historiques étroitement liés de la *LAI* et de la *LPRP* exigent que la cour qui effectue un contrôle examine les objets des deux lois au lieu de les considérer séparément. Dans l'arrêt *Dagg*, le juge La Forest (dissident mais non sur ce point) en arrive à la même conclusion. Au sujet de l'antinomie entre « deux principes opposés consacrés par la loi » (par. 45), il affirme que, bien que certains conflits entre le droit d'accès à l'information et le droit à la protection des renseignements personnels soient inévitables, les deux lois « établissent un moyen cohérent et rationnel de déterminer laquelle des deux valeurs devrait l'emporter dans un cas donné » (par. 45). Comme les deux côtés d'une pièce de monnaie, la *LAI* et la *LPRP* garantissent que ni le droit d'accès à l'information ni le droit individuel à la vie privée ne se voie accorder préséance absolue.

Cependant, le lien étroit qui existe entre le droit d'accès à l'information et le droit à la vie privée ne signifie pas qu'il y a lieu d'accorder en tout temps une valeur égale à tous les droits. Le régime législatif établi par la *LAI* et la *LPRP* indique clairement

the *Privacy Act* clearly indicates that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information, except as prescribed by the legislation. Both Acts contain statutory prohibitions against the disclosure of personal information, most significantly in s. 8 of the *Privacy Act* and s. 19 of the *Access Act*. Thus, while the right to privacy is the driving force behind the *Privacy Act*, it is also recognized and enforced by the *Access Act*.

que, lorsqu'il est question des renseignements personnels d'un individu, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information, sauf dans la mesure prévue par la loi. Les deux lois comportent des interdictions de divulguer des renseignements personnels, plus particulièrement à l'art. 8 *LPRP* et à l'art. 19 *LAI*. Ainsi, bien que le droit à la vie privée soit l'élément déterminant de la *LPRP*, il est également reconnu et appliqué par la *LAI*.

As I have mentioned, s. 44 provides third parties with a right to apply to the Federal Court for review of decisions to disclose records. This right of review helps to promote one of the underlying purposes of the *Access Act*: to ensure that decisions on disclosure are "reviewed independently of government" (s. 2(1)). Indeed, the review mechanisms created by the two Acts introduce an important level of governmental accountability. As the Minister of Communications stated upon introducing the *Privacy Act* and the *Access Act* in Parliament, the Acts allow the courts to examine whether a government institution had reasonable grounds for its decision to disclose a particular record, placing the burden squarely on the shoulders of government: *House of Commons Debates*, at p. 6691. Section 44 thus establishes a key mechanism by which a government institution's erroneous decision to disclose information may be reviewed and rectified pursuant to the principles of the *Access Act*.

27 Comme je l'ai déjà mentionné, l'art. 44 reconnaît aux tiers le droit d'exercer devant la Cour fédérale un recours en révision des décisions de communiquer des documents. Ce droit de révision favorise la réalisation de l'un des objets sous-jacents de la *LAI* : garantir que les décisions quant à la communication soient « susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif » (par. 2(1)). En fait, les mécanismes de révision établis par les deux lois assujettissent l'administration fédérale à un degré élevé de responsabilité. Comme l'a indiqué le ministre des Communications en déposant au Parlement la *LPRP* et la *LAI*, ces lois permettent aux tribunaux d'examiner si la décision d'une institution fédérale de communiquer un certain document repose sur des motifs raisonnables, imposant la charge de la preuve à l'administration fédérale : *Débats de la Chambre des communes*, p. 6691. L'article 44 établit donc un mécanisme essentiel qui permet de réviser et de corriger, conformément aux principes de la *LAI*, la décision erronée d'une institution fédérale de divulguer des renseignements.

Given the interlocking nature of the two Acts, the right of review provided for in s. 44 must be interpreted with regard not only to the purpose and structure of the *Access Act*, but also to the legislative purposes of the *Privacy Act*. As indicated, the purpose of the *Privacy Act* is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves that is held by a government institution (s. 2). The importance of this legislation is such that the *Privacy Act* has been characterized by this Court as "quasi-constitutional" because of the role privacy plays in the preservation of a free and

28 Compte tenu de la nature interdépendante des deux lois, le droit de révision prévu à l'art. 44 doit être interprété eu égard non seulement à l'objet et à la structure de la *LAI*, mais également aux objectifs législatifs de la *LPRP*. Comme nous l'avons vu, la *LPRP* vise à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales (art. 2). Cette mesure législative a une telle importance que notre Cour l'a qualifiée de « quasi constitutionnelle » en raison du rôle que joue la protection de la vie privée dans le maintien d'une société libre et démocratique : *Lavigne c. Canada (Commissariat*

democratic society: *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 24; *Dagg*, at paras. 65-66.

29 The central protection relating to the disclosure of personal information is provided for in s. 8(1) of the *Privacy Act*, which establishes in strict terms that "[p]ersonal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section." The *Privacy Act* also provides a number of exceptions to the prohibition against disclosing personal information, including a "public interest" limitation on privacy rights (see s. 8(2)(*a*) through (*m*)). However, even where a government institution discloses personal information by exercising its public interest discretion, it must notify the Privacy Commissioner prior to disclosure where reasonably practicable, and the Privacy Commissioner may notify the individual (s. 8(5)). Thus, it is clear from the legislative scheme established by the *Access Act* and the *Privacy Act* that in a situation involving personal information about an individual, the right to privacy is paramount over the right of access to information.

30 It is worth noting, however, that despite the emphasis on the protection of privacy, the legislative scheme ensures that the rights of the access requester are also taken into account in the context of an application for review. Where a s. 44 review has been initiated, the person who made the original request for access must be notified and given the opportunity to make representations (ss. 44(2) and 44(3)). In this way, the statute provides a further mechanism for balancing the rights of access requesters and of those who object to disclosure.

31 It is apparent from the scheme and legislative histories of the *Access Act* and the *Privacy Act* that the combined purpose of the two statutes is to strike a careful balance between privacy rights and the right of access to information. However, within this

aux langues officielles), [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 24; *Dagg*, par. 65-66.

La principale protection contre la divulgation de renseignements personnels figure au par. 8(1) *LPRP*, qui prévoit précisément que « [l]es renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article. » La *LPRP* établit également un certain nombre d'exceptions à l'interdiction de divulguer des renseignements personnels, dont la restriction du droit à la vie privée pour des raisons « d'intérêt public » (voir les al. 8(2)*a*) à *m*)). Cependant, même dans le cas où elle exerce son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public pour communiquer des renseignements personnels, l'institution fédérale doit donner un préavis de la communication au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient, et ce dernier peut décider de mettre au courant l'individu concerné (par. 8(5)). Il ressort donc clairement du régime législatif établi par la *LAI* et la *LPRP* que, lorsqu'il est question des renseignements personnels d'un individu, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information.

Cependant, il convient de noter que, malgré l'accent qu'il met sur la protection des renseignements personnels, le régime législatif garantit que les droits de l'auteur de la demande de communication seront également pris en considération dans un recours en révision. Lorsqu'un recours en révision fondé sur l'art. 44 est exercé, l'auteur de la demande de communication initiale doit également être avisé et avoir la possibilité de présenter des observations (par. 44(2) et (3)). La Loi offre ainsi un autre moyen d'assurer l'équilibre entre les droits de ceux qui demandent la communication et ceux qui s'y opposent.

Il ressort de l'économie et des historiques de la *LAI* et de la *LPRP* que les deux lois ont pour objet conjugué d'établir un juste équilibre entre le droit à la vie privée et le droit d'accès à l'information. Toutefois, dans ce régime équilibré, les lois en

balanced scheme, the Acts afford greater protection to personal information. By imposing stringent restrictions on the disclosure of personal information, Parliament clearly intended that no violation of this aspect of the right to privacy should occur. For this reason, since the legislative scheme offers a right of review pursuant to s. 44, courts should not resort to artifices to prevent efficient protection of personal information.

5.1.3 Legislative Context of Section 44

The histories and purposes of the *Privacy Act* and the *Access Act* illustrate the intimate relationship between the two statutes. This relationship is also reflected in the comprehensive legislative scheme created by the two statutes. The legislative context of s. 44 thus provides further guidance regarding the proper scope of the review power.

Structurally and conceptually, the *Privacy Act* and the *Access Act* create a complementary and harmonious legislative scheme: *RCMP*, at para. 22. This is evidenced in particular by the way in which the Acts make reference to each other (see, for example, ss. 19(1) and 19(2) of the *Access Act*, and ss. 3, 21, 46, and 65 of the *Privacy Act*) and by the lack of repetition between them. The two statutes also establish analogous roles for the Information Commissioner and the Privacy Commissioner, each of whom is charged with carrying out impartial, independent and non-partisan investigations into the violation of, respectively, the right of access to information and privacy rights. Indeed, pursuant to s. 55(1) of the *Privacy Act*, the Information Commissioner may be appointed as Privacy Commissioner, and thus a single individual can hold both offices.

The Information Commissioner and the Privacy Commissioner benefit not only individuals who request access or object to disclosure, but also the Canadian public at large, by holding the government accountable for its information practices. As this Court has emphasized in the past, the Commissioners play a crucial role in the investigation, mediation, and resolution of complaints alleging the improper use or disclosure of information

question accordent une plus grande protection aux renseignements personnels. En imposant des restrictions rigoureuses à la divulgation de renseignements personnels, le législateur a clairement voulu empêcher toute atteinte à cet aspect du droit à la vie privée. C'est pourquoi, comme le régime législatif offre un droit de révision à l'art. 44, les tribunaux ne devraient pas créer d'obstacles artificiels à une protection efficace des renseignements personnels.

5.1.3 Le contexte législatif de l'art. 44

32 Les historiques et les objets de la *LPRP* et de la *LAI* montrent le lien étroit qui existe entre les deux lois. Ce lien ressort également du régime global que les deux lois établissent. Le contexte législatif de l'art. 44 fournit donc des indications supplémentaires concernant la portée que doit avoir le pouvoir de révision.

33 Sur les plans structurel et conceptuel, la *LPRP* et la *LAI* établissent un régime complémentaire et harmonieux : *GRC*, par. 22. Cela ressort notamment de la façon dont ces lois renvoient l'une à l'autre (voir, par exemple, les par. 19(1) et (2) *LAI*, ainsi que les art. 3, 21, 46 et 65 *LPRP*) et de l'absence de redondance. Les deux lois confient également des rôles analogues au Commissaire à l'information et au Commissaire à la protection de la vie privée, dont chacun est chargé d'effectuer des enquêtes impartiales, indépendantes et objectives sur des atteintes au droit d'accès à l'information et au droit à la vie privée respectivement. En fait, le Commissaire à l'information peut, conformément au par. 55(1) *LPRP*, être nommé au poste de Commissaire à la protection de la vie privée, de sorte qu'une seule et même personne peut occuper les deux postes.

34 En exigeant que l'administration fédérale réponde de ses pratiques en matière d'information, le Commissaire à l'information et le Commissaire à la protection de la vie privée servent non seulement les intérêts de ceux qui demandent la communication et de ceux qui s'y opposent, mais également les intérêts du grand public canadien. Comme notre Cour l'a souligné dans le passé, les commissaires jouent un rôle crucial en matière d'enquête et de

under government control: *Lavigne*, at paras. 37-39. Also, as former Justice La Forest notes in a recent report entitled *The Offices of the Information and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, Report of the Special Advisor to the Minister of Justice (November 15, 2005), at pp. 17-18, the role and responsibilities of the Commissioners extend even further to include auditing government information practices, promoting the values of access and privacy nationally and internationally, sponsoring research, and reviewing proposed legislation.

35 However, as the following discussion will show, in the specific circumstances of the case at bar, the Privacy Commissioner and the Information Commissioner are of little help because, with no power to make binding orders, they have no teeth. Where, as here, a party seeks to *prevent* the disclosure of information as opposed to requesting its release, the Commissioners' role is necessarily limited by an inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. Section 44 is therefore the sole mechanism under either the *Access Act* or the *Privacy Act* by which a third party can draw the court's attention to an intended disclosure of personal information in violation of s. 19 of the *Access Act*, and by which it can seek an effective remedy on behalf of others whose privacy would be affected by the disclosure of documents for which the third party is responsible.

36 The *Privacy Act* establishes a central role for the Privacy Commissioner in the protection of privacy rights. Under s. 29(1)(*a*) through (*f*), individuals who believe that personal information about themselves has been wrongfully used or disclosed by a government institution may complain to the Privacy Commissioner. The Privacy Commissioner is charged with receiving and investigating such

recours à la médiation pour régler les plaintes d'utilisation ou de communication irrégulières de renseignements relevant de l'administration fédérale : *Lavigne*, par. 37-39. En outre, comme l'ancien juge La Forest le fait remarquer dans un rapport récent intitulé *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice (15 novembre 2005), p. 19-20, le rôle et les responsabilités des commissaires ne s'arrêtent pas là et comprennent la vérification des pratiques de l'administration fédérale en matière de renseignements, la promotion des valeurs qui sous-tendent l'accès à l'information et la protection de la vie privée sur les plans national et international, la subvention de recherches et l'examen de projets de loi.

Toutefois, comme l'analyse qui suit le montrera, le Commissaire à l'information et le Commissaire à la protection de la vie privée ont peu d'utilité dans les circonstances particulières de la présente affaire étant donné qu'ils n'ont aucun pouvoir réel en raison de leur incapacité de rendre des ordonnances exécutoires. Lorsque, comme en l'espèce, une partie tente d'*empêcher* au lieu de demander la divulgation de renseignements, le rôle des commissaires est nécessairement limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. L'article 44 est donc le seul mécanisme de la *LAI* ou de la *LPRP* qui permet à un tiers de signaler à la cour que l'on entend divulguer des renseignements personnels contrairement à l'art. 19 *LAI*, et qui lui permet de demander une réparation efficace au nom d'autres personnes dont le droit à la vie privée est susceptible d'être compromis par la communication de documents dont le tiers est responsable.

La *LPRP* confie au Commissaire à la protection de la vie privée un rôle crucial en matière de protection du droit à la vie privée. Selon les al. 29(1)*a*) à *f*), les individus qui croient qu'une institution fédérale a utilisé ou communiqué illicitement des renseignements personnels les concernant peuvent porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Celui-ci fait enquête sur les

complaints and, where they are well-founded, with reporting his or her findings and recommendations to the appropriate government institution (ss. 29(1) and 35). To do this, the Commissioner is accorded broad investigative powers, including the powers to summon and enforce the appearance of persons, compel persons to give evidence, enter government premises, and examine records on government premises (s. 34). Pursuant to s. 37, the Privacy Commissioner may also carry out its own investigations in respect of personal information under the control of government institutions to ensure compliance with the *Privacy Act*. However, while these complaint mechanisms are important in the larger scheme of the *Privacy Act*, they are available only where the wrongful disclosure has *already* occurred and where the complaint is laid directly by the person who is the subject of the information that was wrongfully disclosed (i.e. not by a third party). The Privacy Commissioner may not, therefore, act to prevent the disclosure of personal information.

Third parties may receive some assistance from the Privacy Commissioner pursuant to s. 29(1)(*h*)(ii) of the *Privacy Act*, which requires the Privacy Commissioner to receive and investigate complaints "in respect of any other matter relating to . . . the use or disclosure of personal information under the control of a government institution". In contrast to s. 29(1)(*a*) through (*f*), this provision accords the Privacy Commissioner a broader ambit of investigation and does not appear to be limited to situations where the wrongful disclosure of personal information has already occurred or where the complaint was received directly from the individual involved. It may therefore be open to a third party to initiate a complaint on behalf of employees or others *before* disclosure occurs. This broader complaint mechanism is inadequate, however, because the Privacy Commissioner has no authority to issue decisions binding on the government institution or the party contesting the disclosure. Nor does the Commissioner have an injunctive power which would allow it to stay the disclosure of information pending the outcome of an investigation. Indeed, s. 7 of the *Access Act* requires the government institution to disclose the

plaintes qu'il reçoit et, si ces plaintes sont fondées, il fait part de ses conclusions et recommandations à l'institution fédérale pertinente (par. 29(1) et art. 35). Pour ce faire, le Commissaire est investi de larges pouvoirs d'enquête, dont ceux d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître et à déposer, d'entrer dans les locaux d'une institution fédérale et d'examiner les documents trouvés dans ces locaux (art. 34). Aux termes de l'art. 37, le Commissaire peut, pour le contrôle d'application de la *LPRP*, tenir ses propres enquêtes quant aux renseignements personnels qui relèvent des institutions fédérales. Toutefois, malgré leur importance dans le régime général de la *LPRP*, ces mécanismes de plainte ne peuvent être utilisés que dans les cas où la communication illicite a *déjà* été effectuée et où la plainte est portée directement par la personne visée par les renseignements divulgués illicitement (et non par un tiers). Le Commissaire à la protection de la vie privée ne peut donc pas prendre des mesures pour empêcher la divulgation de renseignements personnels.

37 Le Commissaire à la protection de la vie privée peut venir en aide aux tiers conformément au sous-al. 29(1)*h*)(ii) *LPRP*, qui l'oblige à recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à [. . .] l'usage ou la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale », et à faire enquête sur ces plaintes. Contrairement aux al. 29(1)*a*) à *f*), cette disposition élargit la portée des enquêtes auxquelles peut procéder le Commissaire à la protection de la vie privée et ne semble pas s'appliquer uniquement aux cas où il y a déjà eu divulgation illicite de renseignements personnels ni aux cas où la plainte provient directement de l'individu concerné. Il peut donc être loisible à un tiers de déposer une plainte au nom d'employés ou d'autres personnes *avant* que la communication soit effectuée. Ce mécanisme de plainte général est toutefois insuffisant étant donné que le Commissaire à la protection de la vie privée n'est pas habilité à rendre des décisions liant l'institution fédérale ou la partie qui s'oppose à la communication. Le Commissaire n'a pas non plus le pouvoir de prononcer une injonction qui lui permettrait de suspendre la divulgation des renseignements en attendant le résultat d'une enquête. En fait, l'art. 7 *LAI*

requested information within a specific time limit once a disclosure order is issued. The Privacy Commissioner's ability to provide relief to Heinz is thus very limited.

38 In a manner similar to the *Privacy Act*, the *Access Act* establishes a central role for the Information Commissioner, who is charged with protecting and acting as an advocate of the rights of access requesters, and with conducting investigations. In a dispute under the *Access Act*, where a person makes a request to a government institution for access to a record and the request is denied, the requester may file a complaint with the Information Commissioner, which the Commissioner must investigate (s. 30). Section 36 of the *Access Act* accords to the Information Commissioner broad investigative powers similar to those of the Privacy Commissioner and, as a result of its expertise, staff and flexibility, the office of the Information Commissioner is in a unique position to conduct such investigations: *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.).

39 However, the Information Commissioner is of only limited assistance in circumstances like those in the case at bar. The primary role of the Information Commissioner is to represent the interests of the public by acting as an advocate of the rights of access requesters. Here, Heinz is *contesting* a decision to disclose information. While s. 30(1)(*f*) of the *Access Act* charges the Information Commissioner with receiving and investigating complaints "in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act", such broad language does not change the fact that the role of the Information Commissioner, and this is consistent with the purpose of the *Access Act* as a whole, is to act, where appropriate, as an advocate of the disclosure of information. Moreover, like the Privacy Commissioner, the Information Commissioner may not issue binding orders or injunctive relief and accordingly cannot order the government not to disclose a record.

oblige l'institution fédérale à divulguer les renseignements demandés dans un délai précis, une fois la divulgation ordonnée. La capacité du Commissaire à la protection de la vie privée d'accorder une réparation à Heinz est donc fort limitée.

Un peu à la manière de la *LPRP*, la *LAI* confie un rôle crucial au Commissaire à l'information, qui est chargé de protéger et défendre les droits des auteurs d'une demande de communication, et d'enquêter. Dans un litige relatif à la *LAI*, la personne à qui une institution fédérale refuse de communiquer un document qu'elle a demandé peut déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information, qui doit alors faire enquête sur cette plainte (art. 30). L'article 36 *LAI* confère au Commissaire à l'information de larges pouvoirs d'enquête semblables à ceux du Commissaire à la protection de la vie privée et, en raison de son expertise, de son personnel et de sa flexibilité, le Commissariat à l'information est le mieux placé pour procéder à ces enquêtes : *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.).

Toutefois, le Commissaire à l'information ne peut fournir qu'une aide limitée dans un cas comme celui qui nous occupe. Le rôle premier du Commissaire à l'information consiste à représenter les intérêts du public en défendant les droits des auteurs d'une demande de communication. En l'espèce, Heinz *conteste* une décision de divulguer des renseignements. Bien que l'al. 30(1)*f*) *LAI* confie au Commissaire à l'information la responsabilité de recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi », et de faire enquête sur celles-ci, un libellé aussi général ne change rien au fait que le rôle du Commissaire à l'information — ce qui est conforme à l'objet de la *LAI* dans son ensemble — consiste à préconiser la divulgation de renseignements, lorsque cela est indiqué. De plus, comme c'est le cas du Commissaire à la protection de la vie privée, le Commissaire à l'information ne peut ni rendre des ordonnances exécutoires ni prononcer des injonctions et il ne peut donc pas ordonner à l'administration fédérale de refuser la communication d'un document.

Section 44 thus establishes the sole mechanism within the scheme of the *Access Act* and the *Privacy Act* by which a third party may request an independent review of a ministerial or government decision to disclose information. As a result, s. 44 helps to promote the purposes of both Acts by providing an avenue for complaints relating to the violation of privacy and ensuring that government institutions are accountable for their information practices.

L'article 44 crée donc le seul mécanisme du régime de la *LAI* et de la *LPRP* qui permet à un tiers de demander une révision indépendante de la décision d'un ministère fédéral ou de l'administration fédérale de divulguer des renseignements. Par conséquent, l'art. 44 contribue à favoriser la réalisation des objets des deux lois en permettant de déposer des plaintes concernant une violation de la vie privée, et en veillant à ce que les institutions fédérales répondent de leurs pratiques en matière d'information. 40

5.1.4 Plain and Ordinary Meaning

5.1.4 Le sens ordinaire

As has been discussed, a review under s. 44 of the *Access Act* is triggered by a third party's right to notice where requested records may contain confidential business information. While the notice provisions relating to the disclosure of confidential business information therefore necessarily limit the availability of a s. 44 review, the plain language of ss. 28, 44 and 51 of the *Access Act* does not explicitly restrict the scope of the right of review. On the contrary, four key words or expressions, read in their "plain and ordinary meaning", indicate the legislature's intention to give the court a generous ambit of review on a s. 44 application.

Comme nous l'avons vu, le droit du tiers d'être informé lorsque les documents demandés sont susceptibles de contenir des renseignements commerciaux confidentiels ouvre la porte à la révision fondée sur l'art. 44 *LAI*. Certes, les dispositions concernant l'avis à donner lorsqu'il est question de divulguer des renseignements commerciaux confidentiels restreignent donc nécessairement la possibilité de révision fondée sur l'art. 44, mais le libellé clair des art. 28, 44 et 51 *LAI* ne limite pas explicitement la portée du droit de révision. Au contraire, quatre termes ou expressions clés, interprétés dans leur « sens ordinaire », indiquent que le législateur a voulu donner une large portée à la révision que la cour peut effectuer dans le contexte d'un recours fondé sur l'art. 44. 41

First, the plain language of s. 28 supports a broad interpretation of the review process. As has been mentioned, the *Access Act* provides that a third party has a right to make "representations" to the government institution as to why "the record or the part thereof should not be disclosed" (s. 28(1)(*a*)). As the trial judge noted, nothing in that section explicitly purports to limit the range of representations that can be made, "provided, of course, they are relevant to the issue of disclosure" (para. 24). Had the legislature intended to limit the scope of such representations, it would have included references to this effect.

Premièrement, le libellé clair de l'art. 28 favorise une interprétation large du processus de révision. Comme je l'ai déjà mentionné, la *LAI* prévoit qu'un tiers a le droit de présenter à l'institution fédérale des « observations » sur les raisons qui justifieraient un « refus de communication totale ou partielle du document » (al. 28(1)*a*)). Comme l'a fait remarquer la juge de première instance, rien dans cette disposition ne limite explicitement la portée des observations qui peuvent être présentées, « dans la mesure bien sûr où elles sont pertinentes » (par. 24). Si le législateur avait voulu limiter la portée des observations, il l'aurait exprimé. 42

Second, the use of the word "record" in s. 28 indicates a legislative intent to make the entire record available for review, not simply the specific

Deuxièmement, l'emploi du mot « document » à l'art. 28 montre que le législateur a voulu que la révision puisse porter sur l'ensemble du document, 43

information subject to s. 20(1). Section 3 of the *Access Act* specifies that "record" includes a wide range of "documentary material, regardless of physical form or characteristics", such as books, maps, drawings, photographs, sound recordings, and videotapes. This definition relates to the physical form of the information and places no limits on the scope of the review. Similarly, s. 51 of the *Access Act* refers to a reviewing judge in a s. 44(1) application determining whether a record "or part thereof" should be disclosed. The *Access Act* clearly envisions a "record" as a "set" of information which can be divided or severed. For example, a book may include many discrete and severable "pieces" of information, each of which might be reviewed on a different basis. This broader interpretation is confirmed by the use, in the French version of s. 28, of the word "*document*" rather than "*renseignements*".

et non simplement sur les renseignements expressément visés par le par. 20(1). L'article 3 *LAI* précise que le mot « document » désigne une vaste gamme d'« éléments d'information, quels que soient leur forme et leur support », tels des livres, des cartes, des dessins, des photographies ainsi que des enregistrements sonores et magnétoscopiques. Cette définition concerne la forme des renseignements et ne limite aucunement la portée de la révision. De même, l'art. 51 *LAI* parle du juge saisi d'un recours en révision fondé sur le par. 44(1) qui décide s'il y a lieu de donner communication totale « ou partielle » d'un document. La *LAI* prévoit clairement qu'un « document » est un « ensemble » de renseignements qui peuvent être séparés ou prélevés. Par exemple, un livre peut contenir de nombreux « éléments » d'information distincts pouvant être prélevés, dont chacun pourrait faire l'objet d'une révision fondée sur un motif différent. Dans la version française de l'art. 28, l'emploi du mot « document » au lieu du mot « renseignements » confirme la validité de cette interprétation large.

44 Third, s. 44 allows the third party to apply to the court for a review of "the matter". Nothing in the plain language of s. 44 expressly limits the scope of "the matter". The French version is even more general because the subject of the review is not mentioned. What is more, in a case dealing with the interpretation of s. 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, the Federal Court of Appeal held that "matter" embraces "not only a 'decision or order' but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the *Federal Court Act*": *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, at para. 21; see also *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.), at para. 42.

Troisièmement, la version anglaise de l'art. 44 permet au tiers de demander à la cour de procéder à « *a review of the matter* ». Rien dans le libellé clair de l'art. 44 ne limite la portée de l'expression « *the matter* ». La version française est plus générale encore puisque l'objet de la révision n'est pas mentionné. Dans une affaire traitant de l'interprétation de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, la Cour d'appel fédérale a statué que le concept d'« objet de la demande » (« *matter* ») vise « non seulement les "décisions" mais encore toute question à l'égard de laquelle il est possible d'obtenir une réparation en application de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* » : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476, par. 21; voir également l'arrêt *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.), par. 42.

45 Finally, s. 51, which establishes the powers of the court on a s. 44 application, also suggests a broad interpretation. Section 51 states that:

Enfin, l'art. 51, qui énonce les pouvoirs de la cour lors d'un recours exercé en vertu de l'art. 44, laisse aussi entrevoir une interprétation large. Cet article se lit ainsi :

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable

a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

Again, nothing in this section limits the court's discretion to a consideration of the s. 20(1) exemption alone. Indeed, the use of the word "required", coupled with the mandatory nature of s. 19(1), suggests that the court has an obligation to review any aspect of the record where the government has failed to abide by the provisions governing disclosure. This obligation is underscored by the emphasis placed on the protection of privacy rights in both the *Access Act* and the *Privacy Act*.

The broad language of s. 44, combined with the fact that this section provides the only direct access to the effective protection afforded by a reviewing court, lends support to the conclusion that the court's jurisdiction should not be limited by the circumstances under which the third party was given notice. The plain language of the statute, together with the legislative context and combined purposes of the *Access Act* and the *Privacy Act*, provides ample foundation for the conclusion that the reviewing court has jurisdiction to protect personal information on a third party application for review.

6. Arguments for Limiting the Scope of a Section 44 Review

The parties have presented a number of arguments in support of a more restrictive interpretation of s. 44 which merit further attention.

6.1 *The History of Section 28(1)*

The Attorney General argues that because s. 27 refers specifically to "information described in paragraph 20(1)(*b*)", s. 28 should also be read to include this reference. Prior to the revision and consolidation of the Statutes of Canada in 1985, the current s. 28(1)(*a*), which grants a third party the right to make representations to the government institution,

d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

Là encore, rien dans cette disposition ne limite le pouvoir discrétionnaire de la cour au seul examen de l'exception prévue au par. 20(1). En fait, l'emploi du mot « tenu », conjugué au caractère impératif du par. 19(1), indique que la cour a l'obligation d'examiner tout aspect du document lorsque l'administration fédérale n'a pas respecté les dispositions régissant la communication des documents. Cette obligation ressort plus clairement encore de l'accent mis sur la protection du droit à la vie privée tant dans la *LAI* que dans la *LPRP*.

46 Le libellé général de l'art. 44, conjugué au fait que cette disposition constitue le seul moyen de bénéficier directement de la protection efficace offerte par une cour qui effectue une révision, étaye la conclusion selon laquelle la compétence de la cour ne devrait pas se limiter aux cas où le tiers a été avisé. Le libellé clair du texte législatif, conjugué au contexte et aux objets combinés de la *LAI* et de la *LPRP*, justifie amplement de conclure que la cour qui effectue la révision à la suite d'un recours exercé par un tiers a compétence pour protéger des renseignements personnels.

6. Les arguments avancés pour limiter la portée de la révision fondée sur l'art. 44

47 Les parties ont avancé un certain nombre d'arguments à l'appui d'une interprétation plus restrictive de l'art. 44, lesquels méritent d'être examinés plus attentivement.

6.1 *L'historique du par. 28(1)*

48 Le procureur général soutient que, parce que l'art. 27 mentionne expressément les « renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) », l'art. 28 devrait également être interprété de manière à inclure cette mention. Avant la révision et la refonte des Lois du Canada en 1985, l'al. 28(1)*a*) actuel, qui confère à un tiers le droit de présenter des observations

and s. 27(1), which provides the third party with a right to notice of the decision to disclose, were combined in one provision (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, s. 28(5)). These rights to notice and to make representations were thus included in a single section which referred explicitly to the exemption under s. 20(1). Thus, according to the Attorney General, the right of a third party to make representations under s. 28 of the *Access Act* is limited to the part of the record which contains information described in s. 20 or, in other words, to confidential business information.

49 However, where a statutory provision is severed, the introductory words of the first provision are not necessarily read into the second: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686. In *McIntosh*, a case concerning two provisions which had originally been combined in one, the Court refused to read the introductory words of the original provision into the new provisions. Finding that Parliament's decision not to reproduce the crucial words in the second provision "is the best and only evidence we have of legislative intention" (para. 25), Lamer C.J. concluded that he could not distort the clear and unequivocal wording of the provision. In the instant case, Parliament's decision not to link s. 28 explicitly to s. 20 must be regarded as significant. Moreover, no inconsistent results flow from a non-restrictive reading of the provision. Rather, interpreting ss. 28 and 44 to allow for representations based on s. 19 serves to strengthen the protection of personal information, which is a stated goal of the *Privacy Act* and an underlying theme of the *Access Act*.

6.2 *The Notice Scheme*

50 The Attorney General argues that the special notice accorded to third parties under the *Access Act* is proof that a third party should be able to raise only a s. 20(1) exemption in a s. 44 application. The right of review under s. 44 is triggered

à l'institution fédérale, et le par. 27(1) actuel, qui donne au tiers intéressé le droit d'être avisé de la décision de donner communication, faisaient partie de la même disposition (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, par. 28(5)). Ces droits d'être avisé et de présenter des observations étaient donc inclus dans un seul article qui mentionnait expressément l'exception prévue au par. 20(1). Par conséquent, selon le procureur général, le droit d'un tiers de présenter des observations en vertu de l'art. 28 *LAI* s'applique uniquement à la partie du document qui contient les renseignements décrits à l'art. 20 ou, autrement dit, aux renseignements commerciaux confidentiels.

Toutefois, lorsqu'une disposition législative est scindée, la partie introductive de la première disposition n'est pas nécessairement incluse implicitement dans la seconde disposition : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686. Dans l'affaire *McIntosh* où il était question de deux dispositions qui auparavant ne formaient qu'une seule disposition, la Cour a refusé de considérer que la partie introductive de la disposition initiale était implicitement incluse dans les nouvelles dispositions. Concluant que la décision du législateur de ne pas reproduire les termes cruciaux dans la seconde disposition « constitue la seule et meilleure preuve que nous ayons de l'intention du législateur » (par. 25), le juge en chef Lamer a décidé qu'il ne pouvait pas déformer le sens clair et non équivoque du libellé de la disposition. En l'espèce, la décision du législateur de ne pas lier explicitement l'art. 28 à l'art. 20 doit être considérée comme significative. De plus, une interprétation non restrictive de la disposition ne donne pas des résultats incohérents. Au contraire, interpréter les art. 28 et 44 de manière à permettre la présentation d'observations fondées sur l'art. 19 contribue à renforcer la protection des renseignements personnels, qui est un objet explicite de la *LPRP* et un thème sous-jacent de la *LAI*.

6.2 *Le régime de notification*

Le procureur général soutient que l'avis particulier qui est donné aux tiers en vertu de la *LAI* prouve que les tiers ne devraient pouvoir invoquer que l'exception du par. 20(1) dans un recours fondé sur l'art. 44. Le droit du tiers à un avis dans le cas

by a third party's right to notice where confidential business information is alleged to exist; therefore, the Attorney General asserts, the scope of s. 44 should be limited to such information. He suggests that Parliament's failure to provide similar notice provisions where personal information is involved indicates that the legislature did not intend that s. 19 should be available on a s. 44 application.

This argument is unconvincing. The unique notice given to third parties is tied to the specific nature of the exemption. While a government institution would not have any specific knowledge of the business or scientific dealings of a third party, the subject matter of the other exemptions falls generally within the expertise of government officials and/or the Privacy Commissioner. These exemptions relate, for example, to information obtained in confidence from a foreign state, federal-provincial affairs, international affairs, investigations and law enforcement, safety of individuals, the economic interests of Canada, advice and recommendations to a minister, testing procedures, solicitor-client privilege, and statutory prohibitions (see ss. 13 to 24 of the *Access Act*). Moreover, information covered by these exemptions would likely implicate the public interest in such a way that it would supersede any individual rights of access to information. In the case of confidential business information, however, the assistance of the third party is necessary for the government institution to know how, or if, the third party treated the information as confidential. Indeed, the third party's information management practices may be an important means of determining whether the information actually meets the definition of "confidential": *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. Minister of National Revenue* (2003), 239 F.T.R. 1, 2003 FC 1037, at para. 114; *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194, at para. 37; *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2003] F.C.J. No. 348 (QL), 2003 FCT 254, at para. 13. Whether the information is confidential cannot be

où l'existence de renseignements commerciaux confidentiels est alléguée fait intervenir le droit de révision prévu à l'art. 44; par conséquent, d'ajouter le procureur général, la portée de l'art. 44 devrait être limitée à ces renseignements. Selon lui, l'omission du législateur d'inclure des dispositions semblables exigeant de donner avis lorsqu'il est question de renseignements personnels montre qu'il ne voulait pas que l'art. 19 puisse être invoqué dans un recours fondé sur l'art. 44.

Cet argument n'est pas convaincant. L'avis unique qui est donné aux tiers est lié à la nature particulière de l'exception. Alors que l'institution fédérale n'a pas une connaissance précise des opérations commerciales ou scientifiques d'un tiers, l'objet des autres exceptions relève, lui, généralement de l'expertise des fonctionnaires ou du Commissaire à la protection de la vie privée. Ces exceptions concernent, par exemple, les renseignements obtenus à titre confidentiel d'un État étranger, les affaires fédérales-provinciales, les affaires internationales, les enquêtes et les activités destinées à faire respecter les lois, la sécurité des individus, les intérêts économiques du Canada, les avis et recommandations destinés à un ministre, les méthodes employées pour effectuer des essais, épreuves ou examens, le secret professionnel des avocats et les interdictions fondées sur d'autres lois (voir les art. 13 à 24 *LAI*). En outre, il est probable que les renseignements visés par ces exceptions mettraient en cause l'intérêt public au point de reléguer au second rang tout droit individuel d'accès à l'information. Toutefois, en ce qui concerne les renseignements commerciaux confidentiels, l'institution fédérale a besoin de l'aide du tiers pour savoir si celui-ci considère que les renseignements sont confidentiels ou pour connaître le traitement que le tiers leur a réservé. Les méthodes de gestion de l'information utilisées par le tiers peuvent être un moyen important de déterminer si les renseignements correspondent véritablement à la définition de ce qui est « confidentiel » : *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [2003] A.C.F. nº 1308 (QL), 2003 CF 1037, par. 114; *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)*, [1989]

51

determined without representations from the third party.

52 Moreover, in my view, the mandatory nature of s. 19 precludes the need for a notice provision. Notice under the *Access Act* is a right intended to enable a party to contest the release of information and is therefore required only where the statute contemplates the possibility of making information public, as is the case with confidential business information under s. 20(1). Section 19, however, provides that a government institution "shall refuse to" disclose personal information. The three exceptions carved out of this rule under s. 19(2) make it clear why a general notice provision is unnecessary.

53 First, personal information may be disclosed if the individual consents (s. 19(2)(*a*)). Clearly, if the individual consents, he or she will not contest the disclosure of the information, and as a result no express notice provision is necessary. A government institution can easily determine whether the individual has in fact consented to the release of personal information subject to s. 19.

54 Second, personal information may be disclosed where the government institution determines that the requested information is already in the public domain (s. 19(2)(*b*)). Again, in such circumstances, notice to the individual to whom the information relates would serve no useful purpose — the individual party cannot control access to information in the public domain and so, presumably, has no grounds on which to contest disclosure.

55 Third, a government institution may disclose personal information in exceptional circumstances in which the public interest in disclosure outweighs an individual's right to privacy (s. 19(2)(*c*) of the

A.C.F. nº 453 (QL), par. 36; *Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2003] A.C.F. nº 348 (QL), 2003 CFPI 254, par. 13. Il n'est pas possible de décider si les renseignements sont confidentiels sans les observations du tiers.

De plus, j'estime que le caractère impératif de l'art. 19 écarte la nécessité d'une disposition exigeant de donner avis. L'avis prévu à la *LAI* est un droit destiné à permettre à une partie de contester la divulgation de renseignements, et il n'est donc requis que dans le cas où la Loi prévoit la possibilité de publier des renseignements, comme c'est le cas des renseignements commerciaux confidentiels visés au par. 20(1). Cependant, l'art. 19 précise qu'une institution fédérale « est tenu[e] de refuser » la divulgation de renseignements personnels. Les trois exceptions que le par. 19(2) établit relativement à cette règle montrent clairement pourquoi une disposition générale exigeant de donner avis n'est pas nécessaire.

Premièrement, les renseignements personnels peuvent être divulgués si l'individu qu'ils concernent y consent (al. 19(2)*a*)). Manifestement, si l'individu consent à la divulgation des renseignements, il ne la contestera pas, d'où l'inutilité d'avoir une disposition exigeant expressément de donner avis. Une institution fédérale peut facilement établir si l'individu a effectivement consenti à la divulgation de renseignements personnels visés par l'art. 19.

Deuxièmement, les renseignements personnels peuvent être divulgués dans le cas où l'institution fédérale établit que le public a déjà accès aux renseignements demandés (al. 19(2)*b*)). Là encore, dans un tel cas, il ne servirait à rien d'aviser l'individu que les renseignements concernent, étant donné qu'il ne peut contrôler l'accès aux renseignements publiés et qu'il n'a donc vraisemblablement aucune raison d'en contester la divulgation.

Troisièmement, une institution fédérale peut communiquer des renseignements personnels dans les cas exceptionnels où des raisons d'intérêt public justifient une atteinte au droit d'un individu

Access Act and s. 8(2)(*m*) of the *Privacy Act*). Should such circumstances arise, Parliament *has* provided for the individual to be notified via the Privacy Commissioner (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Where the government exercises its discretion to disclose personal information on the basis of public interest, the Privacy Commissioner must be informed *prior to* the disclosure, where practicable, and may notify the individual involved.

à la vie privée (al. 19(2)*c*) *LAI* et al. 8(2)*m*) *LPRP*). Le législateur *a prévu* que, dans un tel cas, l'individu concerné devrait être avisé par l'entremise du Commissaire à la protection de la vie privée (par. 8(5) *LPRP*). Lorsque l'administration fédérale exerce son pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements personnels pour des raisons d'intérêt public, elle doit donner un *préavis* de sa décision au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient, et elle peut mettre au courant l'individu concerné.

In my view, therefore, the right to notice accorded to third parties follows logically from the specific nature of the confidential business information exemption and does not limit the right of review provided for in s. 44. 56

J'estime donc que le droit à un avis conféré aux tiers est la conséquence logique de la nature particulière de l'exception des renseignements commerciaux confidentiels et ne limite pas le droit de révision prévu à l'art. 44.

6.3 *The Creation of "Two Levels" of Third Parties*

6.3 *L'établissement de « deux catégories » de tiers*

The Attorney General further submits that allowing third parties to raise, on a s. 44 review, exemptions other than those provided for in s. 20(1) will result in the creation of two categories of third parties: those who receive notice under s. 20(1) and those who do not. If the possible application of s. 20(1) by the government institution had not occurred, the Attorney General argues, Heinz would not have received notice of the possible disclosure of records and would not have been able to make submissions in respect of the application of s. 19. To put it in more basic terms, why should Heinz be afforded an opportunity to invoke s. 19 that is not available to other parties who are not "third parties" under the *Access Act*? 57

Le procureur général fait également valoir que permettre aux tiers d'invoquer d'autres exceptions que celles prévues au par. 20(1), lors d'une révision fondée sur l'art. 44, contribue à établir deux catégories de tiers : ceux qui sont avisés en vertu du par. 20(1) et ceux qui ne le sont pas. Selon le procureur général, si l'institution fédérale n'avait pas été en mesure d'appliquer le par. 20(1), Heinz n'aurait pas été avisée de la possibilité que des documents soient communiqués et n'aurait pas pu avancer des arguments concernant l'application de l'art. 19. Essentiellement, pourquoi devrait-on donner à Heinz une possibilité d'invoquer l'art. 19 que n'ont pas d'autres parties qui ne sont pas des « tiers » au sens de la *LAI*?

This argument is, in my view, unsound. A basic premise of the *Access Act* is that personal information will not be disclosed in violation of the mandatory prohibition set out in s. 19. The access to information and privacy scheme is founded on the assumption that government institutions will respect the mandatory prohibition on disclosing personal information and that no notice is therefore required for personal information relating to individuals. As I have stated, in the specific circumstances in which the *Access Act* does authorize the disclosure 58

Cet argument me paraît mal fondé. Un principe élémentaire de la *LAI* veut que des renseignements personnels ne soient pas divulgués en contravention de l'interdiction absolue énoncée à l'art. 19. Le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels repose sur la présomption que les institutions fédérales respecteront l'interdiction absolue de divulguer des renseignements personnels et qu'aucun avis n'est donc requis pour les renseignements personnels concernant des individus. Comme je l'ai déjà affirmé, dans les cas

of personal information — where the information is already publicly available, where the individual to whom the information relates consents, or where there is an overriding public interest — a notice provision is either superfluous or has in fact been provided for in the legislative scheme (s. 8(5) of the *Privacy Act*). Given this underlying presumption that personal information will not be disclosed as well as the paramount importance of individual privacy, it would therefore be absurd *not* to allow third parties to use the mechanism provided for by the legislature to prevent a violation of the spirit and the letter of the *Access Act* and the *Privacy Act*. Allowing Heinz to raise the s. 19 exemption on a s. 44 review does not create a "second tier" of third parties, but allows the *only* third party who has access to s. 44 to use this remedy to prevent harm from occurring needlessly.

59 A third party's right of review under s. 44 therefore provides an appropriate avenue for scrutinizing government decisions to disclose information that affects an individual's right to privacy. Of course, the court must be wary of attempts by third parties to avail themselves of the personal information exemption to prevent the legitimate disclosure of information. Such attempts to abuse the s. 19 exemption are easily uncovered, however, by determining whether the records in question actually contain personal information.

6.4 *The "Discretionary" Nature of the Section 19 Exemption*

60 The Information Commissioner suggests that the personal information exemption is more appropriately characterized as "discretionary" because the government institution has the discretion to disclose personal information where the violation of the right to privacy is clearly outweighed by the public interest in disclosure (s. 19(2) of the *Access Act*, s. 8(2)(*m*) of the *Privacy Act*). The parties dispute this characterization of s. 19 because, under the framework established by Layden-Stevenson J.

particuliers où la *LAI* autorise la divulgation de renseignements personnels, c'est-à-dire lorsque le public y a déjà accès, lorsque l'individu qu'ils concernent y consent ou lorsque des raisons d'intérêt public la justifient, une disposition exigeant de donner avis est superflue ou est, en fait, prévue dans le régime législatif (par. 8(5) *LPRP*). Compte tenu de cette présomption fondamentale de non-divulgation des renseignements personnels, ainsi que de l'importance cruciale de la protection de la vie privée des individus, il serait absurde de *ne pas* permettre à des tiers de recourir au mécanisme prescrit par le législateur pour empêcher une contravention à l'esprit et à la lettre de la *LAI* et de la *LPRP*. Permettre à Heinz d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44 ne crée pas une « deuxième catégorie » de tiers, mais revient à autoriser le *seul* tiers qui peut invoquer l'art. 44 à utiliser ce recours pour empêcher qu'un préjudice inutile soit causé.

Le droit de révision que l'art. 44 accorde à un tiers constitue donc un bon moyen d'examiner minutieusement les décisions de l'administration fédérale de divulguer des renseignements qui portent atteinte au droit à la vie privée d'un individu. Certes, la cour doit se méfier des tentatives de tiers d'invoquer l'exception des renseignements personnels pour empêcher la divulgation légitime de renseignements. On peut toutefois facilement déceler de telles tentatives d'invoquer abusivement l'exception de l'art. 19 en vérifiant si les documents en question contiennent véritablement des renseignements personnels.

6.4 *La nature « discrétionnaire » de l'exception prévue à l'art. 19*

Le Commissaire à l'information prétend que l'exception des renseignements personnels devrait être qualifiée de « discrétionnaire » parce que l'institution fédérale a le pouvoir discrétionnaire de divulguer des renseignements personnels lorsque des raisons d'intérêt public justifient nettement la violation du droit à la vie privée (par. 19(2) *LAI* et al. 8(2)*m*) *LPRP*). Les parties ne s'entendent pas sur cette qualification de l'art. 19 parce que, selon le cadre établi en première instance par la juge

at trial, discretionary exemptions may not be raised in a s. 44 review proceeding.

Even if I accepted the dichotomy between discretionary and mandatory exemptions, I would disagree with the Information Commissioner's argument. The narrow scope of the discretion provided for in s. 19(2) was not at issue in this case and should not be viewed as undermining the mandatory character of s. 19(1), which clearly states that the government institution "shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information". As this Court stated in *Dagg*, the personal information exemption should not be given a "cramped interpretation" by giving access pre-eminence over privacy: *Dagg*, at para. 51. Moreover, on the facts of the instant case, there is no debate regarding the existence of a pressing concern of public interest that would permit disclosure; both parties have conceded that s. 19(1) is the only relevant exemption.

6.5 *The Availability of Judicial Review Under Section 18.1 of the Federal Courts Act*

Finally, Heinz argues in the alternative that if the s. 44 review is limited to confidential business information, it retains an "independent" common law right of review that has been codified in s. 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, which allows a party directly affected by a decision of a federal board, commission or tribunal to apply for judicial review. Having found that an application for a review under s. 44 *is* available to Heinz, I need not fully consider this argument. However, in my view, a conclusion that would force a party to split its complaint into two parallel proceedings is problematic. Such a scenario would become even more burdensome if the personal information related to multiple individuals. For example, if the requested records included personal information relating to a number of consumers or past employees, the third party might not be in a position to alert all the individuals concerned

Layden-Stevenson, les exceptions discrétionnaires ne peuvent pas être invoquées dans un recours en révision fondé sur l'art. 44.

61 Même si j'acceptais la dichotomie entre les exceptions discrétionnaires et les exceptions impératives, je ne retiendrais pas l'argument du Commissaire à l'information. L'étendue limitée du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 19(2) n'était pas en cause dans la présente affaire et ne devrait pas être perçue comme minant le caractère impératif du par. 19(1), qui précise clairement que l'institution fédérale « est tenu[e] de refuser la communication de documents contenant [d]es renseignements personnels ». Comme notre Cour l'a affirmé au par. 51 de l'arrêt *Dagg*, il ne faut pas donner une « interprétation étroite » à l'exception des renseignements personnels en conférant à l'accès à l'information primauté sur la protection des renseignements personnels. En outre, selon les faits de la présente affaire, personne ne conteste l'existence d'une préoccupation urgente d'intérêt public qui autoriserait la communication; les parties ont toutes deux reconnu que le par. 19(1) est la seule exception pertinente.

6.5 *La possibilité d'effectuer un contrôle judiciaire fondé sur l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales*

62 Enfin, Heinz soutient subsidiairement qu'à supposer que la révision fondée sur l'art. 44 soit limitée aux renseignements commerciaux confidentiels, elle conserve un droit de contrôle « indépendant » conféré par la common law, lequel droit est codifié au par. 18.1(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui autorise une partie directement touchée par une décision d'un office fédéral à présenter une demande de contrôle judiciaire. Comme j'ai conclu que Heinz *peut* exercer un recours en révision fondé sur l'art. 44, il n'est pas nécessaire que j'effectue un examen approfondi de cet argument. Toutefois, j'estime qu'une conclusion qui forcerait une partie à scinder sa plainte en deux recours parallèles serait problématique. Un tel scénario se compliquerait davantage si les renseignements personnels concernaient plusieurs individus. Par exemple, si les documents demandés contenaient des

that their privacy rights were in danger of being violated. Moreover, not only would multiple proceedings be an unwarranted use of resources, but the applicable standard of review may not be the same in a s. 44 proceeding as would be the case in the context of a s. 18.1(1) application for judicial review. As I have suggested, however, I find that Heinz need not seek this residual right of review, because s. 44 already provides an adequate alternate remedy: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

7. Conclusion

63 The importance of protecting personal information, combined with the open language of ss. 28, 44(1) and 51 of the *Access Act*, leads to the conclusion that a reviewing court can, on a s. 44 application, consider and apply the privacy exemption set out in s. 19(1). Where it has come to the attention of a third party that a government institution intends to disclose information which will violate the statutorily mandated, quasi-constitutional privacy rights of an individual, the third party must have the right to raise this concern upon judicial review. A contrary ruling would force individuals to wait until the personal information has been disclosed and the (potentially irreversible) harm done before looking to the Privacy Commissioner or the courts for a remedy. While the Privacy Commissioner and the Information Commissioner play a central role in the access to information and privacy scheme and have extensive responsibilities, s. 44 provides the sole recourse in situations where a third party seeks to prevent the disclosure of personal information. A narrow interpretation of s. 44 would thus weaken the protection of personal information and dilute the right to privacy.

renseignements personnels concernant un certain nombre de consommateurs ou d'anciens employés, le tiers ne serait peut-être pas en mesure de prévenir tous les individus concernés que leur droit à la vie privée risque d'être violé. De plus, non seulement la multiplication des recours ferait-elle appel à une utilisation injustifiée des ressources, mais encore la norme de contrôle applicable dans un recours fondé sur l'art. 44 pourrait être différente de celle qui s'appliquerait dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le par. 18.1(1). Cependant, comme je l'ai indiqué, j'estime que Heinz n'a pas à revendiquer ce droit de contrôle résiduel parce que l'art. 44 offre déjà un autre recours approprié : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

7. Conclusion

L'importance de protéger les renseignements personnels, conjuguée au libellé général des art. 28 et 51 et du par. 44(1) *LAI*, amène à conclure que la cour qui effectue une révision fondée sur l'art. 44 est en mesure d'examiner et d'appliquer l'exception des renseignements personnels établie au par. 19(1). Lorsqu'un tiers apprend qu'une institution fédérale a l'intention de procéder à une divulgation de renseignements qui violera le droit quasi constitutionnel à la vie privée que la loi confère à un individu, le tiers doit avoir le droit de soulever cette question dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Une décision contraire forcerait les individus à attendre que les renseignements personnels soient divulgués et qu'un préjudice (potentiellement irrémédiable) soit causé avant de s'adresser au Commissaire à la protection de la vie privée ou aux tribunaux pour obtenir réparation. Bien que le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information jouent un rôle primordial dans le régime d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels, et qu'ils aient d'importantes responsabilités, l'art. 44 établit le seul recours possible dans les cas où un tiers cherche à empêcher la divulgation de renseignements personnels. Une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblirait donc la protection des renseignements personnels et diluerait le droit à la vie privée.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and LeBel JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

1. Introduction

The issue on appeal is whether a third party can raise the exemption from disclosure for personal information contained in s. 19 of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 ("*Access Act*"), and ss. 3 and 8 of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, during a review proceeding initiated pursuant to s. 44 of the *Access Act*. This case brings to the fore the delicate balance Parliament has struck between promoting rights of access to records under government control, and protecting the personal information of individuals appearing in those records.

Where a government institution receives a request under the *Access Act*, and it concludes that the requested record may contain confidential business information about a third party, it must provide notice to that third party. The third party then has the right to make representations on the record, and it is entitled to notice of the government institution's decision to disclose the record. A third party who has received such notice is subsequently entitled to bring a s. 44 review of the matter. Where the court determines that the government institution is required to refuse disclosure, then it shall order that the institution not disclose the record.

As the facts of this case and the decisions below have been addressed in the reasons of Deschamps J., I proceed directly to the statutory interpretation of s. 44 of the *Access Act*. This Court has consistently held that

[t]oday there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. 64

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et LeBel rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

1. Introduction

La question qui se pose en l'espèce est de savoir si, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (« *LAI* »), un tiers peut invoquer l'exemption de communication applicable aux renseignements personnels prévue à l'art. 19 *LAI* et aux art. 3 et 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21 (« *LPRP* »). La présente affaire met en évidence le fragile équilibre que le législateur a établi entre la défense du droit d'accès aux documents de l'administration fédérale et la protection des renseignements personnels contenus dans ces documents. 65

Lorsqu'une institution fédérale reçoit une demande fondée sur la *LAI* et qu'elle conclut que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels au sujet d'un tiers, elle doit aviser ce tiers. Celui-ci a alors le droit de présenter des observations concernant ce document, et il a le droit d'être avisé de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document. Le tiers à qui un tel avis est donné a ensuite le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44. Dans les cas où la cour conclut que l'institution fédérale est tenue de refuser la communication d'un document, elle doit alors lui ordonner de refuser cette communication. 66

Étant donné que la juge Deschamps a exposé dans ses motifs les faits de la présente affaire et les décisions des instances inférieures, je passe directement à l'interprétation de l'art. 44 *LAI*. Notre Cour a constamment maintenu que 67

[TRADUCTION] [a]ujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi

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.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

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.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87)

2. The Purpose of the *Access Act*

2. L'objet de la *LAI*

68 The *Access Act* must be read in light of the *Privacy Act*, which together form a coherent scheme governing the competing rights of access and privacy. They are complementary and equal statutes whose provisions must be construed harmoniously: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 51, *per* La Forest J., dissenting but not on this point. Section 2(1) of the *Access Act* describes the purpose of the Act as follows:

La *LAI* doit être interprétée au regard de la *LPRP*, ces deux lois formant ensemble un code homogène qui régit les droits opposés en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée. Ce sont des lois complémentaires qui ont la même importance et dont les dispositions doivent être interprétées de façon harmonieuse : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 51, le juge La Forest étant dissident mais non sur ce point. Le paragraphe 2(1) *LAI* décrit ainsi l'objet de la Loi :

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

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

69 Access to information under government control is meant to facilitate democracy. As La Forest J. explained in *Dagg*, at para. 61, "[i]t helps to ensure first, that citizens have the information required to participate meaningfully in the democratic process, and secondly, that politicians and bureaucrats remain accountable to the citizenry."

L'accès aux renseignements relevant de l'administration fédérale vise à favoriser la démocratie. Comme l'a expliqué le juge La Forest au par. 61 de l'arrêt *Dagg*, « [la Loi] aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique, et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la population. »

70 Nonetheless, the goal of access must be understood in the context of the Act, which itself provides for a number of exemptions in ss. 13 to 24 and 26. According to s. 2, these necessary exceptions to access should be limited and specific. However, Gonthier J., speaking for a unanimous court in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted*

Néanmoins, l'objet de l'accès doit être interprété dans le contexte de la Loi qui établit elle-même un certain nombre d'exceptions aux art. 13 à 24 ainsi que 26. Selon l'article 2, ces exceptions indispensables au droit d'accès doivent être précises et limitées. Toutefois, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité dans *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la*

Police), [2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8, explained that "[t]he statement in s. 2 of the *Access Act* that exceptions to access should be 'limited and specific' does not create a presumption in favour of access" (para. 21).

Personal information is specifically exempted from the general rule of disclosure pursuant to s. 19 of the *Access Act*, subject to certain exceptions which are not at issue on this appeal. Personal information is defined in s. 19 of the *Access Act* by reference to s. 3 of the *Privacy Act*, which illustrates the complementary relationship between both statutes that I have described above. Section 3 defines "personal information" as information about an identifiable individual that is recorded in any form, and lists a number of examples. Parliament has thus struck a careful balance between the right to access records within government control, and the right to have all personal information in those records kept private. La Forest J. in *Dagg*, went so far as to state that "[b]oth statutes recognize that, in so far as it is encompassed by the definition of 'personal information' in s. 3 of the *Privacy Act*, privacy is paramount over access" (para. 48).

Even accepting, however, that privacy is paramount over access, it does not follow that Parliament is obliged to create a notice and review mechanism prior to the disclosure of personal information. The policy decision of how to balance rights of access and the right to privacy is one reserved for Parliament. As the following analysis demonstrates, Parliament has entrusted the promotion of access to government records and the protection of personal information to two Commissioners who effectively act as ombudsmen. Their offices are independent of government, and their role is to impartially investigate complaints made against government institutions. In fact, the structure of both the *Access Act* and the *Privacy Act* also indicates that, apart from s. 44 review proceedings, Parliament has seen fit

Gendarmerie royale du Canada), [2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8, a expliqué que « [l]'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que les exceptions au droit d'accès doivent être "précises et limitées", mais il n'établit pas pour autant de présomption en faveur de la communication » (par. 21).

71 L'article 19 *LAI* soustrait expressément les renseignements personnels à l'application de la règle générale de la communication, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Cet article définit les renseignements personnels en fonction de l'art. 3 *LPRP*, ce qui illustre la complémentarité des deux lois dont j'ai parlé précédemment. L'article 3 définit les « renseignements personnels » comme étant les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, et il donne un certain nombre d'exemples. Le législateur a donc établi un juste équilibre entre le droit d'accès aux documents de l'administration fédérale et le droit à la protection de tous les renseignements personnels contenus dans ces documents. Dans l'arrêt *Dagg*, le juge La Forest est allé jusqu'à dire que « [l]es deux lois reconnaissent que, dans la mesure où il est visé par la définition de "renseignements personnels", contenue à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information » (par. 48).

72 Toutefois, même en admettant que le droit à la vie privée l'emporte sur le droit d'accès à l'information, cela ne signifie pas pour autant que le législateur a l'obligation d'établir un mécanisme de notification et de révision préalable à la divulgation de renseignements personnels. Il appartient au législateur de prendre une décision de politique générale quant à la façon d'établir l'équilibre entre le droit d'accès à l'information et le droit à la vie privée. Comme le démontre l'analyse qui suit, le législateur a confié la promotion de l'accès aux documents de l'administration fédérale et la protection des renseignements personnels à deux commissaires qui, en fait, jouent le rôle d'ombudsman. Ces commissariats sont indépendants de l'administration fédérale et ils ont pour rôle d'enquêter de manière

to limit opportunities for judicial review until after the Information Commissioner has conducted its investigation of the complaint.

3. The Role of the Federal Information and Privacy Commissioners

3.1 *Remedies Available Under the Access Act and the Privacy Act*

73 The privacy interests of third parties are protected by the *Privacy Act*, in particular, by s. 29 which protects the personal information of third parties by establishing a complaint and investigation procedure:

> **29.** (1) Subject to this Act, the Privacy Commissioner shall receive and investigate complaints
>
> (*a*) from individuals who allege that personal information about themselves held by a government institution has been used or disclosed otherwise than in accordance with section 7 or 8;
>
> . . .
>
> (*h*) in respect of any other matter relating to
>
> . . .
>
> (ii) the use or disclosure of personal information under the control of a government institution . . . .

74 Under s. 29(2), nothing precludes the Privacy Commissioner from receiving and investigating complaints submitted by a person authorized by the complainant to act on behalf of him or her. It would therefore be open to Heinz to initiate a complaint on behalf of its employees in order to protect their personal information. The Privacy Commissioner has the power to investigate the complaint and has broad powers under that process (ss. 31 to 34 of the *Privacy Act*), including the rights to summon and enforce the appearance of witnesses, compel witnesses to give evidence or produce documents,

impartiale sur les plaintes visant des institutions fédérales. En fait, la structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique également que, outre le recours en révision fondé sur l'art. 44, le législateur a jugé bon de limiter les possibilités de contrôle judiciaire jusqu'à ce que le Commissaire à l'information ait enquêté sur la plainte.

3. Le rôle des commissaires fédéraux à l'information et à la protection de la vie privée

3.1 *Les recours possibles en vertu de la LAI et de la LPRP*

Le droit à la vie privée des tiers est protégé par la *LPRP*, plus particulièrement par l'art. 29 qui protège les renseignements personnels des tiers au moyen d'un processus de plainte et d'enquête :

> **29.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à la protection de la vie privée reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :
>
> *a*) déposées par des individus qui prétendent que des renseignements personnels les concernant et détenus par une institution fédérale ont été utilisés ou communiqués contrairement aux articles 7 ou 8;
>
> . . .
>
> *h*) portant sur toute autre question relative à :
>
> . . .
>
> (ii) l'usage ou la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale . . .

Aux termes du par. 29(2), le Commissaire à la protection de la vie privée peut recevoir les plaintes par l'intermédiaire d'un représentant du plaignant. Il serait donc loisible à Heinz de porter plainte au nom de ses employés afin de protéger leurs renseignements personnels. Le Commissaire à la protection de la vie privée est habilité à mener des enquêtes sur les plaintes qu'il reçoit et il possède de vastes pouvoirs à cet égard (art. 31 à 34 *LPRP*), notamment celui d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître, à déposer et à produire des pièces, ainsi que celui de pénétrer dans les locaux d'une

and enter premises of government institutions and inspect records found there (s. 34(1)). The Privacy Commissioner also has the authority to access any document (except Cabinet confidences) under the control of a government institution, including documents that would otherwise be protected by a legal privilege (s. 34(2)). Section 33 of the *Privacy Act* ensures that every investigation of a complaint is conducted in private. Where the complaint is well-founded, the Privacy Commissioner reports his or her findings and recommendations to the appropriate government institution (s. 35). The Privacy Commissioner does not, however, have the power to order the release of information or compel the institution to do anything or refrain from doing anything with respect to the information. Pursuant to s. 37, the Privacy Commissioner may also, from time to time, at his discretion, carry out investigations in respect of personal information under the control of government institutions to ensure compliance with ss. 4 to 8 of the *Privacy Act*, which deal with the collection, retention, disposal and protection of personal information.

I have already mentioned that the exemption from disclosure for personal information is subject to a number of exceptions. Pursuant to s. 19(2)(*c*) of the *Access Act*, the head of a government institution may disclose any requested record that contains personal information if the disclosure is in accordance with s. 8 of the *Privacy Act*. Section 8(2)(*m*)(i) of the *Privacy Act* authorizes disclosure of personal information "for any purpose where, in the opinion of the head of the institution, . . . the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure". Where a government institution uses this discretionary power to disclose personal information, s. 8(5) provides that it shall notify the Privacy Commissioner in writing prior to the disclosure where reasonably practicable. This results in an added measure of protection for personal information that is to be disclosed in the public interest, insofar as the Privacy Commissioner can intervene prior to the disclosure.

institution fédérale et d'examiner les documents trouvés dans ces locaux (par. 34(1)). Il a également accès à tous les documents d'une institution fédérale (à l'exception des renseignements confidentiels du Cabinet), y compris ceux qui feraient par ailleurs l'objet d'une immunité légale (par. 34(2)). L'article 33 *LPRP* assure que les enquêtes menées sur les plaintes sont secrètes. Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte, le Commissaire à la protection de la vie privée présente à l'institution fédérale concernée un rapport faisant état de ses conclusions et recommandations (art. 35). Toutefois, il ne peut ni ordonner la communication de renseignements ni enjoindre ou interdire à l'institution de prendre des mesures à l'égard des renseignements en cause. L'article 37 prévoit que, pour le contrôle d'application des art. 4 à 8 *LPRP*, qui portent sur la collecte, la conservation, le retrait et la protection des renseignements personnels, le Commissaire à la protection de la vie privée peut également, à son appréciation, tenir des enquêtes quant aux renseignements personnels qui relèvent des institutions fédérales.

75 J'ai déjà mentionné que l'exemption de communication applicable aux renseignements personnels est assujettie à un certain nombre d'exceptions. Aux termes de l'al. 19(2)*c*) *LAI*, le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où la communication est conforme à l'art. 8 *LPRP*. Le sous-alinéa 8(2)*m*)(i) *LPRP* autorise la communication de renseignements personnels « à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution[,] des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée ». Dans les cas où une institution fédérale exerce ce pouvoir discrétionnaire pour communiquer des renseignements personnels, le par. 8(5) prévoit que celle-ci doit donner un préavis écrit de cette communication au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient. Cela représente une mesure de protection supplémentaire applicable aux renseignements personnels devant être communiqués pour des raisons d'intérêt public, dans la mesure où le Commissaire à la protection de la vie privée peut intervenir avant la communication de ces renseignements.

76 It may also be open to the Information Commissioner to receive and investigate a complaint brought by a third party resisting disclosure. The Information Commissioner can receive and investigate complaints "in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act", pursuant to s. 30(1)(*f*) of the *Access Act*. It is unclear whether this might include complaints pertaining to the unlawful disclosure of personal information. The Information Commissioner typically receives complaints from information requesters, where disclosure of a requested record has been refused, delayed or otherwise unsatisfactory. In any event, the Office of the Privacy Commissioner would appear to be more suited to the receipt and investigation of a complaint by a third party resisting disclosure on the basis of the s. 19 exemption for personal information, since it is charged with receiving and investigating all complaints brought pursuant to the *Privacy Act*.

Il est également loisible au Commissaire à l'information de recevoir la plainte déposée par un tiers qui s'oppose à la communication, et de faire enquête sur cette plainte. L'alinéa 30(1)*f*) *LAI* habilite le Commissaire à l'information à recevoir les plaintes « portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi », et à faire enquête sur ces plaintes. On ne sait pas au juste si cela pourrait inclure les plaintes concernant la divulgation illicite de renseignements personnels. Le Commissaire à l'information reçoit habituellement la plainte de l'auteur d'une demande de renseignements dans le cas où la communication d'un document a été refusée ou retardée ou est par ailleurs insuffisante. Quoi qu'il en soit, le Commissariat à la protection de la vie privée semble se prêter davantage à la réception et à l'examen d'une plainte déposée par un tiers qui invoque l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 pour s'opposer à la communication, étant donné qu'il a pour mission de recevoir toutes les plaintes déposées conformément à la *LPRP* et de faire enquête sur celles-ci.

3.2 *The Effect of Allowing the Section 19 Exemption to Be Raised on a Section 44 Review Proceeding on the Role of the Commissioners*

3.2 *L'incidence qu'aurait sur le rôle des commissaires l'autorisation d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans un recours en révision fondé sur l'art. 44*

77 Generally, the *Access Act* requires an investigation by the Information Commissioner prior to proceeding to a judicial determination of whether the government institution can lawfully refuse disclosure. Section 44 proceedings constitute the sole exception to this scheme.

En général, la *LAI* exige la tenue d'une enquête du Commissaire à l'information avant que l'on puisse demander aux tribunaux de décider si l'institution fédérale peut légalement refuser la communication. Le recours fondé sur l'art. 44 est la seule exception à ce régime.

78 The Information Commissioner is authorized to receive and investigate complaints under s. 30(1) of the *Access Act*, where disclosure of a requested record has been refused, delayed or is otherwise unsatisfactory. The information requester, the head of the government institution who has control of the record, and, where the Commissioner believes that the record may contain confidential business information, the third party, have participation rights in that investigative process. As with investigations conducted by the Privacy Commissioner, every investigation of a complaint

Le paragraphe 30(1) *LAI* autorise le Commissaire à l'information à recevoir les plaintes et à faire enquête sur celles-ci dans les cas où la communication d'un document a été refusée ou retardée ou est par ailleurs insuffisante. L'auteur de la demande de renseignements, le responsable de l'institution fédérale de qui relève le document et le tiers — dans le cas où le Commissaire croit que le document peut contenir des renseignements commerciaux confidentiels — ont le droit de participer à ce processus d'enquête. Tout comme les enquêtes menées par le Commissaire à la protection de la vie privée, les

by the Information Commissioner is conducted in private (s. 35). Pursuant to s. 36(1) of the *Access Act*, the Information Commissioner has the same broad investigatory powers as the Privacy Commissioner, which I have listed above. Section 36(2) of the *Access Act* provides the Information Commissioner with the right to examine any record to which the *Access Act* applies that is under the control of a government institution, regardless of privilege. Contrary to the *Privacy Act*, s. 36(2) of the *Access Act* does not exclude Cabinet confidences from this general right of access. Where the complaint is determined to be well-founded, the Information Commissioner can report his findings and recommendations to the head of the government institution that has refused disclosure (s. 37(1)), and must also notify any party who received notice of the investigation and opted to participate (s. 37(2)).

enquêtes que le Commissaire à l'information mène sur les plaintes sont secrètes (art. 35). Le paragraphe 36(1) *LAI* confère au Commissaire à l'information les mêmes vastes pouvoirs d'enquête que ceux que possède le Commissaire à la protection de la vie privée et que j'ai déjà énumérés. Le paragraphe 36(2) *LAI* donne au Commissaire à l'information un droit d'accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la *LAI* s'applique, peu importe qu'ils fassent ou non l'objet d'une immunité. Contrairement à la *LPRP*, le par. 36(2) *LAI* ne soustrait pas les renseignements confidentiels du Cabinet à l'application de ce droit d'accès général. Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte, le Commissaire à l'information peut présenter un rapport faisant état de ses conclusions et de ses recommandations au responsable de l'institution fédérale qui a refusé de donner communication (par. 37(1)), et il doit également donner un avis aux parties qui ont été avisées de la tenue de l'enquête et qui ont choisi d'y participer (par. 37(2)).

Where an information requester has been denied access to a record, s. 41 of the *Access Act* provides a right of review. However, this right is only available where a complaint was initially made to the Information Commissioner, and where the information requester has received notice of the results of the investigation. In other words, the *Access Act* ensures that the Information Commissioner, as opposed to the courts, is entrusted with the initial review of the complaint. Where the government institution refuses disclosure following the Information Commissioner's investigation and recommendation, it is also open to the Commissioner to bring an application for review so long as he has the consent of the information requester (s. 42(1)(*a*) of the *Access Act*).

79 L'article 41 *LAI* accorde un droit de révision à l'auteur d'une demande de renseignements qui s'est vu refuser la communication d'un document. Toutefois, ce droit ne peut être exercé que si une plainte a d'abord été déposée auprès du Commissaire à l'information et si l'auteur de la demande de renseignements a été avisé des conclusions de l'enquête. En d'autres termes, la *LAI* garantit que l'examen de la plainte sera d'abord confié au Commissaire à l'information et non aux tribunaux. Lorsque l'institution fédérale refuse de donner communication à la suite de l'enquête et des recommandations du Commissaire à l'information, il est également loisible à ce dernier d'exercer lui-même le recours en révision pourvu qu'il ait obtenu le consentement de l'auteur de la demande de renseignements (al. 42(1)*a*) *LAI*).

Section 44 proceedings constitute the sole exception in this statutory scheme. A third party who has received notice that the government institution intends to disclose the record can apply directly to the court for a s. 44 review of the matter. Where the court determines that the head of a government institution is required to refuse to disclose

80 Le recours fondé sur l'art. 44 est la seule exception à ce régime législatif. Le tiers avisé que l'institution fédérale entend communiquer le document peut exercer directement devant la cour le recours en révision prévu à l'art. 44. Dans les cas où elle conclut que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale

a record or part of a record, the court shall order the head of the institution not to disclose the record (s. 51 of the *Access Act*). The information requester is given notice of the hearing and is entitled to appear as a party (s. 44(3) of the *Access Act*). The Information Commissioner, however, is only entitled to appear as a party with leave of the court (s. 42(1)(*c*) of the *Access Act*). Where a s. 44 proceeding results in an order not to disclose the record, the court order effectively precludes any investigation by the Information Commissioner. If a third party was also entitled to raise the s. 19 exemption for personal information at a s. 44 review proceeding, the role of the Information Commissioner would be further compromised.

ou partielle d'un document, la cour doit lui ordonner de refuser cette communication (art. 51 *LAI*). L'auteur de la demande de renseignements est avisé de la tenue d'une audience et il a le droit de comparaître comme partie à l'instance (par. 44(3) *LAI*). Le Commissaire à l'information n'a toutefois le droit de comparaître comme partie à l'instance qu'avec l'autorisation de la cour (al. 42(1)*c*) *LAI*). Lorsqu'un recours fondé sur l'art. 44 donne lieu à une ordonnance enjoignant de refuser de communiquer le document, l'ordonnance de la cour a pour effet d'écarter toute enquête du Commissaire à l'information. Le rôle du Commissaire à l'information serait davantage compromis si, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, un tiers avait également le droit d'invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19.

3.3 *The Broader Role of the Information and Privacy Commissioners*

81 The function of the Information and Privacy Commissioners is described as akin to that of an ombudsman. Speaking of the Privacy Commissioner and of the Commissioner of Official Languages, this Court stated in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, [2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53, at para. 37, that:

> In many significant respects, the mandates of the Commissioner of Official Languages and the Privacy Commissioner are in the nature of an ombudsman's role (see M. A. Marshall and L. C. Reif, "The Ombudsman: Maladministration and Alternative Dispute Resolution" (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215):
>
> – They are independent of the government's administrative institutions and hold office during good behaviour for a specified period. They receive the same salary as a judge of the Federal Court. This independence is reinforced by the fact that they may not, as a rule, be compelled to testify, and no civil or criminal proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties;
>
> – They examine complaints made by individuals against the government's administrative institutions, and conduct impartial investigations;

3.3 *Le rôle général du Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée*

On dit que le rôle du Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée s'apparente à celui d'un ombudsman. Dans l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, [2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53, par. 37, notre Cour a affirmé ceci au sujet du Commissaire à la protection de la vie privée et du Commissaire aux langues officielles :

> Le Commissaire aux langues officielles et le Commissaire à la protection de la vie privée détiennent un mandat dont plusieurs éléments importants sont propres au rôle d'un ombudsman (voir M. A. Marshall et L. C. Reif, « The Ombudsman : Maladministration and Alternative Dispute Resolution » (1995), 34 *Alta. L. Rev.* 215) :
>
> – Ils sont indépendants de l'administration gouvernementale et occupent leur charge à titre inamovible pour une période déterminée. Ils reçoivent le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale. Cette indépendance est renforcée du fait qu'ils ne peuvent pas généralement être contraints à témoigner et jouissent d'une immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions;
>
> – Ils examinent les plaintes des citoyens contre l'administration gouvernementale et mènent des enquêtes impartiales;

– They attempt to secure appropriate redress when the individual's complaint is based on non-judicial grounds;

– They attempt to improve the level of compliance by government institutions with the *Privacy Act* and the *Official Languages Act*;

– As a rule, they may not disclose information they receive.

Both the Privacy Commissioner and the Information Commissioner hold office during good behaviour for a set term of seven years, though they may be removed by the Governor in Council at any time on address of the Senate and House of Commons: s. 53(2) of the *Privacy Act* and s. 54(2) of the *Access Act*. Both Commissioners are paid a salary equal to that of a Federal Court judge: s. 55(2) of the *Access Act* and s. 54(2) of the *Privacy Act*. No criminal or civil proceedings lie against them for anything done in the performance of their duties: s. 66(1) of the *Access Act* and s. 67(1) of the *Privacy Act*. Both Commissioners are authorized to receive and investigate complaints, and to secure appropriate redress via non-binding recommendations to the particular government institution. Both Commissioners may only disclose information they receive in the course of their investigation in the narrow circumstances set out in the statutes: see ss. 63 and 64 of the *Access Act*, as well as ss. 64 and 65 of the *Privacy Act*. I would also note that their independent function is underlined in the purpose section of the *Access Act*, which provides that the disclosure of government information should be reviewed independently of government (s. 2(1)).

The approach followed by the Commissioners in investigating complaints and making recommendations, where warranted, is understood to be less formal than the judicial process. The Commissioners' purpose is to resolve disputes in an informal manner, and their offices were specifically created to address the limitations of the legal proceedings in this respect: see *Lavigne*, at para. 38. At para. 39, the Court went on to explain that:

– Ils cherchent à obtenir la réparation appropriée lorsque la plainte du citoyen est fondée sur des moyens non judiciaires;

– Ils cherchent à améliorer le degré de conformité de l'administration gouvernementale à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et à la *Loi sur les langues officielles*;

– Ils sont généralement tenus à la confidentialité.

82 Le Commissaire à la protection de la vie privée et le Commissaire à l'information occupent tous deux leur charge à titre inamovible pour un mandat fixe de sept ans, sauf révocation par le gouverneur en conseil sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes : par. 53(2) *LPRP* et par. 54(2) *LAI*. Ils reçoivent tous deux le même traitement qu'un juge de la Cour fédérale : par. 55(2) *LAI* et par. 54(2) *LPRP*. Ils bénéficient de l'immunité en matière civile ou pénale pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions : par. 66(1) *LAI* et par. 67(1) *LPRP*. Les commissaires sont tous deux autorisés à recevoir des plaintes et à faire enquête sur celles-ci, ainsi qu'à obtenir une réparation appropriée en présentant à l'institution fédérale concernée des recommandations n'ayant pas force obligatoire. Ils peuvent divulguer les renseignements qu'ils obtiennent dans le cadre de leur enquête uniquement dans les circonstances particulières décrites dans les lois : voir les art. 63 et 64 *LAI*, ainsi que les art. 64 et 65 *LPRP*. Je tiens aussi à faire remarquer que leur rôle indépendant est souligné dans la disposition énonçant l'objet de la *LAI*, qui prévoit que la communication de renseignements de l'administration fédérale est susceptible de recours indépendants du pouvoir exécutif (par. 2(1)).

83 L'approche qu'utilisent les commissaires pour enquêter sur les plaintes et faire des recommandations, lorsqu'elles sont justifiées, est considérée moins formelle que le processus judiciaire. Les commissaires ont pour mission de régler les différends de manière informelle, et les commissariats ont été créés expressément pour répondre aux limites des recours judiciaires à cet égard : voir *Lavigne*, par. 38. Puis, au par. 39, la Cour a ensuite expliqué ceci :

An ombudsman is not counsel for the complainant. His or her duty is to examine both sides of the dispute, assess the harm that has been done and recommend ways of remedying it. The ombudsman's preferred methods are discussion and settlement by mutual agreement. As Dickson J. wrote in *British Columbia Development Corp. v. Friedmann*, [1984] 2 S.C.R. 447, the office of ombudsman and the grievance resolution procedure, which are neither legal nor political in a strict sense, are of Swedish origin, *circa* 1809. He described their genesis (at pp. 458-59):

> As originally conceived, the Swedish Ombudsman was to be the Parliament's overseer of the administration, but over time the character of the institution gradually changed. Eventually, the Ombudsman's main function came to be the investigation of complaints of maladministration on behalf of aggrieved citizens and the recommendation of corrective action to the governmental official or department involved.
>
> The institution of Ombudsman has grown since its creation. It has been adopted in many jurisdictions around the world in response to what R. Gregory and P. Hutchesson in *The Parliamentary Ombudsman* (1975) refer to, at p. 15, as "one of the dilemmas of our times" namely, that "(i)n the modern state . . . democratic action is possible only through the instrumentality of bureaucratic organization; yet bureaucratic — if it is not properly controlled — is itself destructive of democracy and its values".
>
> The factors which have led to the rise of the institution of Ombudsman are well-known. Within the last generation or two the size and complexity of government has increased immeasurably, in both qualitative and quantitative terms. Since the emergence of the modern welfare state the intrusion of government into the lives and livelihood of individuals has increased exponentially. Government now provides services and benefits, intervenes actively in the marketplace, and engages in proprietary functions that fifty years ago would have been unthinkable.

84 Former Justice La Forest, in a recent report entitled *The Offices of the Information and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, Report of the Special Advisor to the Minister of Justice (November 15, 2005) ("La Forest report"), at p. 15, explains that the primary duty of both the Information and Privacy Commissioners to

L'ombudsman n'est pas l'avocat du plaignant. Il a le devoir d'examiner les deux côtés du litige, apprécier les torts et recommander les moyens d'y remédier. Il privilégie la discussion et l'entente à l'amiable. Selon le juge Dickson dans l'affaire *British Columbia Development Corp. c. Friedmann*, [1984] 2 R.C.S. 447, la fonction d'ombudsman et la procédure de règlement qui ne sont ni légales ni politiques au sens strict sont d'origine suédoise et remontent aux environs de 1809. Il en décrit la genèse (aux p. 458-59) :

> Au début, l'ombudsman suédois devait être le surveillant parlementaire de l'administration, mais par la suite la nature de l'institution s'est progressivement modifiée. Finalement, l'ombudsman en est venu à avoir pour fonction principale d'enquêter sur des plaintes de mauvaise administration pour le compte de citoyens lésés et de recommander des mesures correctives aux fonctionnaires ou ministères gouvernementaux visés.
>
> L'institution d'ombudsman a connu un essor depuis sa création. De nombreux pays dans le monde l'ont adoptée pour répondre à ce que R. Gregory et P. Hutchesson, à la p. 15 de leur ouvrage intitulé *The Parliamentary Ombudsman* (1975), appellent [TRADUCTION] « l'un des dilemmes de notre époque », savoir que [TRADUCTION] « dans l'État moderne . . . l'action démocratique n'est possible qu'au moyen de l'organisation bureaucratique; mais la puissance bureaucratique, si elle n'est pas bien contrôlée, tend elle-même à détruire la démocratie et ses valeurs ».
>
> Les facteurs qui ont contribué à l'essor de l'institution d'ombudsman sont bien connus. Depuis une ou deux générations, la taille et la complexité du gouvernement ont augmenté considérablement tant du point de vue qualitatif que quantitatif. Depuis l'avènement de l'État-providence moderne, l'ingérence du gouvernement dans la vie et les moyens de subsistance des individus a augmenté de façon exponentielle. Le gouvernement assure maintenant des services et des avantages, intervient activement sur le marché et exerce des fonctions de propriétaire, à un degré qui aurait été inconcevable il y a cinquante ans.

Comme l'explique l'ancien juge La Forest à la p. 16 d'un rapport récent intitulé *Les commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice (15 novembre 2005) (« rapport La Forest »), à l'instar de l'ombudsman, la responsabilité première du

independently and impartially investigate complaints and make recommendations is in keeping with this ombudsman function.

Commissaire à l'information et du Commissaire à la protection de la vie privée consiste à mener des enquêtes et à formuler des recommandations de manière indépendante et impartiale relativement aux plaintes.

La Forest notes that the Commissioners exercise a number of other important functions:

> The Privacy Commissioner, for instance, is empowered to audit government institutions to ensure that they are complying with their obligations under the Act, recommend changes to effect compliance, and report failures to comply to the institution and Parliament. The Privacy Commissioner may also assess whether a government institution's decision to designate a data bank as exempt from disclosure was correct, and ask the Federal Court to rule on the question if the government institution fails to accept the Commissioner's determination that it was not. Both commissioners must also submit annual reports to Parliament and may in addition submit special reports with respect to urgent matters. [Footnotes omitted; pp. 16-17.]

85 L'ancien juge La Forest note que les commissaires exercent un certain nombre d'autres fonctions importantes :

> Le commissaire à la protection de la vie privée, par exemple, a des pouvoirs de vérification lui permettant de mener des enquêtes visant les institutions fédérales pour s'assurer qu'elles respectent les obligations que la Loi leur impose ainsi que le pouvoir de recommander l'adoption de mesures pour qu'elles remplissent ces obligations et de faire rapport des manquements constatés à l'institution concernée et au Parlement. Le commissaire à la protection de la vie privée a en outre le pouvoir de déterminer si une institution fédérale a eu raison de décider qu'un fichier est inconsultable. S'il conclut que le fichier n'a pas été correctement classé et que, le cas échéant, l'institution fédérale n'accepte pas sa décision, il peut demander à la Cour fédérale de statuer sur la question. Les deux commissaires doivent de plus présenter des rapports annuels au Parlement et il leur est loisible de présenter des rapports spéciaux concernant des questions urgentes. [Renvois omis; p. 18.]

The Privacy Commissioner has inherited additional responsibilities with the enactment of Part 1 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5. Moreover, the Commissioners are also active in promoting the values of access and privacy in a variety of national and international fora. The "Commissioners have commented on proposed legislation and government policies, appeared before parliamentary committees, conducted surveys, sponsored research, published summaries of findings, and given public lectures": see La Forest report, at p. 18.

86 Le Commissaire à la protection de la vie privée s'est vu confier d'autres responsabilités lors de l'adoption de la partie 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5. En outre, les commissaires s'efforcent également de promouvoir les valeurs qui sous-tendent l'accès à l'information et la protection de la vie privée auprès de diverses instances nationales et internationales. « Les commissaires ont formulé des commentaires concernant divers projets de lois et de politiques gouvernementales, comparu devant des comités parlementaires, mené des sondages, subventionné des recherches, publié des conclusions sous forme de sommaires et donné des conférences publiques » : voir le rapport La Forest, p. 20.

This has led some commentators to conclude that the Privacy Commissioner is "expected at some point to perform seven interrelated roles: ombudsman, auditor, consultant, educator, policy advisor, negotiator and enforcer": C. J. Bennett, "The

87 Cela a amené certains commentateurs à conclure au sujet du Commissaire à la protection de la vie privée que l'on s'attend à ce [TRADUCTION] « qu'éventuellement il accomplisse sept rôles connexes, à savoir les rôles d'ombudsman, de

privacy commissioner of Canada: Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas" (2003), 46 *Canadian Public Administration* 218, at p. 237, cited in La Forest report, at p. 18. Many of these roles are also performed by the Information Commissioner: La Forest report, at p. 18.

vérificateur, de consultant, de pédagogue, de conseiller en matière d'établissement de politiques, de négociateur et de responsable de l'application des lois » : C. J. Bennett, « The privacy commissioner of Canada : Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas » (2003), 46 *Administration publique du Canada* 218, p. 237, cité à la p. 20 du rapport La Forest. Plusieurs de ces rôles sont aussi remplis par le Commissaire à l'information : rapport La Forest, p. 20.

4. The Legislative Scheme Surrounding Section 44 of the *Access Act*

4.1 *The Statutory Context*

88 This Court has held that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone: *Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21. As the previous analysis demonstrates, s. 44 review proceedings are part of a complex statutory code. Heinz initially became aware of the access request that formed the basis of the s. 44 review via s. 27(1) of the *Access Act*, which provides:

> **27.** (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the head of the institution has reason to believe might contain
>
> (*a*) trade secrets of a third party,
>
> (*b*) information described in paragraph 20(1)(*b*) that was supplied by a third party, or
>
> (*c*) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(*c*) or (*d*) in respect of a third party,
>
> the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

Section 27(1) is a notice provision for third parties where there has been an access request for a record

4. Le régime législatif dans lequel s'inscrit l'art. 44 *LAI*

4.1 *Le contexte législatif*

Notre Cour a statué que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 21. Comme le démontre l'analyse qui précède, le recours en révision fondé sur l'art. 44 s'inscrit dans un code législatif complexe. C'est le par. 27(1) *LAI* qui a permis à Heinz de prendre connaissance de la demande de communication à l'origine du recours en révision fondé sur l'art. 44. Ce paragraphe se lit ainsi :

> **27.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :
>
> *a*) soit des secrets industriels d'un tiers;
>
> *b*) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) qui ont été fournis par le tiers;
>
> *c*) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)*c*) ou *d*).
>
> La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

Le paragraphe 27(1) est une disposition qui oblige à donner avis aux tiers dans les cas où il y a eu une

containing information listed in (*a*) to (*c*). Those subsections refer directly to the exemption from disclosure contained in s. 20(1) of the *Access Act*:

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) trade secrets of a third party;

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

(*c*) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(*d*) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

For ease of reference, I refer to information exempted from disclosure pursuant to s. 20 as confidential business information. Where a third party has received notice pursuant to s. 27(1) because of the believed presence of confidential business information in the requested record, s. 28(1)(*a*) provides the third party with an opportunity to make representations to the head of the government institution as to why the record should not be disclosed. Pursuant to s. 28(1)(*b*), the third party is then entitled to notice of the government institution's decision as to whether or not to disclose the record. A third party who receives notice pursuant to s. 28(1)(*b*) of the government institution's decision to disclose the record has a right to apply for a review pursuant to s. 44:

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

demande de communication d'un document contenant des renseignements énumérés aux al. *a*) à *c*). Ces alinéas renvoient directement à l'exemption de communication prévue au par. 20(1) *LAI* :

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

89 Par souci de commodité, j'utiliserai l'expression « renseignements commerciaux confidentiels » pour désigner les renseignements exempts de communication en vertu de l'art. 20. Lorsqu'un tiers reçoit un avis conformément au par. 27(1) parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels, l'al. 28(1)*a*) lui donne la possibilité de présenter au responsable de l'institution fédérale des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication. Selon l'al. 28(1)*b*), le tiers a alors le droit d'être avisé de la décision de l'institution fédérale concernant la communication du document. Le tiers qui est avisé, conformément à l'al. 28(1)*b*), de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document a le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 :

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

90 Section 29(1) is not at issue in this appeal. It deals with the slightly different situation of a government institution initially refusing disclosure, and then opting to follow the recommendation of the Information Commissioner to disclose the requested record. Pursuant to s. 29(1), notice must be given to the third party who initially received notice, or would have received notice, under s. 27(1) because of the believed presence of confidential business information in the record.

91 Pursuant to s. 51 of the *Access Act*, where the court determines, after considering an application under s. 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record, the court shall order the head of the institution not to disclose the record or shall make such other order as the court deems appropriate.

92 Deschamps J. relies on the broad wording of s. 44 and its related sections in order to conclude that a third party who has received notice pursuant to s. 28(1)(*b*) of the *Access Act* can raise the s. 19 exemption from disclosure for personal information on a s. 44 review. She relies, in particular, on the following:

- Section 28(1)(*b*) allows the third party to make representations as to why the record should not be disclosed. There is no language in that section that limits the range of representations that can be made.
- Similarly, the language of s. 28(1)(*b*) suggests that representations can be made as to why the record should not be disclosed, as opposed to explicitly limiting the right to make representations to that part of the record that contains confidential business information.
- Section 44 allows for a review of the matter, without expressly limiting the scope of what is reviewable.
- Finally, s. 51 states that the court shall make an order where it determines that the head of a government institution is required to refuse to

Le paragraphe 29(1) n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Il traite du cas légèrement différent où après avoir refusé dans un premier temps de donner communication, l'institution fédérale décide ensuite de suivre la recommandation du Commissaire à l'information de communiquer le document demandé. Aux termes du par. 29(1), un avis doit être donné au tiers, qui a été avisé au départ ou qui l'aurait été en vertu du par. 27(1), du fait que le document est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels.

L'article 51 *LAI* précise que, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'art. 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication d'un document, la cour doit lui ordonner de refuser cette communication ou rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

La juge Deschamps se fonde sur le libellé général de l'art. 44 et de ses dispositions connexes pour conclure que, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, un tiers qui a été avisé conformément à l'al. 28(1)*b*) *LAI* peut invoquer l'exemption de communication applicable aux renseignements personnels prévue à l'art. 19. Elle se fonde plus particulièrement sur ce qui suit :

- L'alinéa 28(1)*b*) permet au tiers de présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication du document. Rien dans cette disposition ne limite la portée des observations qui peuvent être présentées.
- De même, le libellé de l'al. 28(1)*b*) indique qu'il est possible de présenter des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication du document, au lieu de limiter expressément le droit de présenter des observations à la partie du document qui contient des renseignements commerciaux confidentiels.
- L'article 44 permet d'exercer un recours en révision sans limiter expressément la portée de ce qui peut être révisé.
- Enfin, l'art. 51 prévoit que la cour doit rendre une ordonnance dans les cas où elle conclut que le responsable d'une institution fédérale

disclose the record. In determining whether the government institution is required to refuse disclosure, s. 51 does not explicitly limit the court's consideration to the s. 20 exemption from disclosure for confidential business information.

The court is obliged to consider the total context of the provisions to be interpreted, no matter how plain the disposition may seem upon initial reading: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 34; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4, at para. 48; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 20-21. Some of the legislative provisions at issue are broadly worded. The intended meaning of open-ended expressions such as "representations", "record", and "matter" is lost when they are read in isolation: see *ATCO*, at para. 46.

Within its proper statutory context, the intended meaning of "representations", "record", and "matter" becomes clear. The right to bring a s. 44 review flows from the notice a third party receives because of the believed presence of confidential business information in the requested record. The parties, and indeed Deschamps J., concede that notice is only required where s. 20 is possibly applicable because of the very nature of that exemption. Only the third party itself can clearly state whether or not the grounds listed in s. 20 apply to the information requested. This is because, considering the criteria listed in s. 20, only the third party can establish what information it treated or treats as confidential, as well as the effect of disclosure on its revenue or on its competitive position.

Deschamps J. includes in her reasons for judgment a brief analysis of the legislative history of ss. 27 and 28 of the *Access Act*, the notice provisions ultimately resulting in a right to bring an

est tenu de refuser la communication du document. Quant à savoir si l'institution fédérale est tenue de refuser la communication, l'art. 51 ne limite pas expressément l'examen de la cour à l'exemption de communication que l'art. 20 établit dans le cas des renseignements commerciaux confidentiels.

93 La cour doit tenir compte du contexte global de la disposition devant être interprétée, même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 34; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4, par. 48; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 20-21. Certaines dispositions législatives en cause ont une portée générale. Considérer isolément des termes qui se prêtent à diverses interprétations, tels « observations », « document » et « *matter* », fait perdre de vue leur véritable portée : voir l'arrêt *ATCO*, par. 46.

94 La portée des termes « observations », « document » et « *matter* » ressort clairement du contexte législatif. Le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 découle de l'avis que le tiers reçoit parce que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Les parties et, en fait, la juge Deschamps concèdent que l'avis n'est requis que dans les cas où l'art. 20 est susceptible de s'appliquer en raison de la nature même de l'exception qu'il établit. Seul le tiers lui-même est en mesure de dire clairement si les motifs énumérés à l'art. 20 s'appliquent aux renseignements demandés. Cela s'explique par le fait que, compte tenu des critères énumérés à l'art. 20, seul le tiers est en mesure d'établir quels sont les renseignements qu'il a considérés ou qu'il considère comme étant de nature confidentielle, et quel serait l'effet de leur divulgation sur ses revenus ou sa compétitivité.

95 Dans ses motifs de jugement, la juge Deschamps analyse brièvement l'historique législatif des art. 27 et 28 *LAI*, qui exigent de donner avis et qui, en définitive, donnent le droit d'exercer le recours en

application for a s. 44 review. I do not find this legislative history to be particularly helpful in determining the proper scope of a s. 44 review. The legislative context, by contrast, provides considerable insight into the legislative intent behind the review process.

96 The complaint and investigation process that I have outlined above constitutes the mechanism Parliament has selected in order to balance access rights with the need to protect individuals' personal information. Where the personal information of individuals is improperly disclosed, those individuals can bring a complaint to the Privacy Commissioner under s. 29 of the *Privacy Act*. There is no notice provision prior to the disclosure of a requested record that might contain exempted personal information, nor does the unlawful disclosure of exempted personal information give rise to a right of judicial review under the *Access Act* or the *Privacy Act*. Indeed, ss. 27, 28 and 44 of the *Access Act* constitute the only available notice and review mechanisms under the statutory scheme meant to permit resistance to disclosure of a requested record.

97 Considered in its proper statutory context, s. 44 has nothing to do with the s. 19 exemption from disclosure for personal information. The right to bring a s. 44 application arises from the believed presence of confidential business information in the requested record. The structure of the *Access Act* and of the *Privacy Act* suggests that Parliament intended that the protection of personal information be assured exclusively by the Office of the Privacy Commissioner. Equally important is Parliament's desire to have all judicial reviews under the Acts preceded by an impartial investigation conducted by the Information Commissioner. The only exception provided in the statutory scheme is where confidential business information potentially appears in the requested record.

révision prévu à l'art. 44. Je ne considère pas que cet historique législatif est particulièrement utile pour déterminer la portée que doit avoir la révision fondée sur l'art. 44. Par contre, le contexte législatif nous éclaire énormément sur l'intention législative qui sous-tend le processus de révision.

Le processus de plainte et d'enquête que j'ai exposé plus haut est le mécanisme que le législateur a choisi pour établir un équilibre entre le droit d'accès à l'information et la nécessité de protéger les renseignements personnels. Dans le cas où les renseignements personnels d'individus sont divulgués illicitement, l'art. 29 *LPRP* autorise les individus concernés à porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée. Aucune disposition n'oblige à donner préavis de la communication d'un document susceptible de contenir des renseignements personnels visés par une exemption, et la divulgation illicite de renseignements personnels visés par une exemption ne donne pas non plus naissance au droit à un contrôle judiciaire fondé sur la *LAI* ou la *LPRP*. En fait, les art. 27, 28 et 44 *LAI* constituent, dans le régime législatif, les seuls mécanismes de notification et de révision qui sont censés permettre de s'opposer à la communication d'un document demandé.

L'article 44, situé dans son contexte législatif, n'a rien à voir avec l'exemption de communication des renseignements personnels prévue à l'art. 19. Le droit d'exercer le recours prévu à l'art. 44 découle du fait que le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. La structure de la *LAI* et de la *LPRP* indique que le législateur a voulu que la protection des renseignements personnels relève exclusivement du Commissariat à la protection de la vie privée. La volonté du législateur que tout contrôle judiciaire fondé sur ces lois soit précédé d'une enquête impartiale du Commissaire à l'information est tout aussi importante. La seule exception prévue dans le régime législatif est le cas où le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels.

4.2 *To Allow the Section 19 Exemption to Be Raised on a Section 44 Proceeding Would Lead to Absurd Results*

It is presumed that the legislature does not intend its legislation to result in absurd consequences: see Sullivan, at p. 236. The only available notice and review mechanisms to resist disclosure is that provided in ss. 27, 28 and 44 of the *Access Act*. The Act does not require notice to a third party prior to disclosure of information relating to that party except in the circumstances set out in s. 28(1). Where the head of a government institution concludes that the information requested is not confidential business information, notice to the third party is not required, will not be ordered by the court and no right to apply for review under s. 44(1) arises.

Unless the opportunity to raise exemptions at a s. 44 review proceeding is limited to that contained in s. 20, third parties who have received notice pursuant to s. 28(1)(*b*) will be afforded an opportunity to raise the s. 19 exemption for personal information in circumstances where no comparable right exists for a third party claiming only that the record contains personal information belonging to it.

The only reason Heinz is able to raise the s. 19 exemption in the present appeal is the possible application of s. 20 and the notice received pursuant to ss. 27 and 28. Were it not for the possible application of s. 20, there would be no possibility of bringing a s. 44 review. The effect of the proposed extension of the s. 44 review would be to create two categories of third parties: those who receive notice under ss. 27 to 29 of the *Access Act* and those who do not. In other words, the distinction would be between third parties who have relevant confidential business information and those who do not. Such a result is absurd insofar as it allows greater protection of certain individuals' personal information, depending on the possible application of s. 20. Individuals with relevant confidential business information would thus benefit from a greater protection for their personal

4.2 *Permettre d'invoquer l'exception de l'art. 19 dans un recours fondé sur l'art. 44 mènerait à des absurdités*

98 L'on présume que le législateur ne veut pas que ses lois aient des conséquences absurdes : voir Sullivan, p. 236. Les seuls mécanismes de notification et de révision qui permettent de s'opposer à la communication sont prévus aux art. 27, 28 et 44 *LAI*. Sauf dans les cas énoncés au par. 28(1), cette loi n'exige pas qu'un tiers reçoive un préavis de la communication de renseignements le concernant. Lorsque le responsable d'une institution fédérale conclut que les renseignements demandés ne sont pas des renseignements commerciaux confidentiels, il n'est pas nécessaire de donner avis au tiers, la cour n'ordonnera pas de le faire, et aucun droit d'exercer le recours en révision prévu au par. 44(1) ne prend naissance.

99 À moins que les seules exceptions qui puissent être invoquées dans un recours en révision fondé sur l'art. 44 soient celles prévues à l'art. 20, les tiers ayant été avisés conformément à l'al. 28(1)*b*) pourront invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans des cas où le tiers qui affirme seulement que le document contient des renseignements personnels le concernant ne possède aucun droit comparable.

100 Seuls la possibilité d'appliquer l'art. 20 et l'avis reçu conformément aux art. 27 et 28 permettent à Heinz d'invoquer en l'espèce l'exception de l'art. 19. N'était-ce la possibilité d'appliquer l'art. 20, le recours en révision fondé sur l'art. 44 ne serait pas possible. L'élargissement proposé de la portée de la révision fondée sur l'art. 44 aurait pour effet de créer deux catégories de tiers : ceux qui sont avisés en vertu des art. 27 à 29 *LAI* et ceux qui ne le sont pas. En d'autres termes, on établirait une distinction entre les tiers qui possèdent des renseignements commerciaux confidentiels pertinents et ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Un tel résultat est absurde dans la mesure où les renseignements personnels de certains individus peuvent bénéficier d'une protection accrue en fonction de la possibilité d'appliquer l'art. 20. Les individus qui possèdent des renseignements

information than individuals without such information. There is no basis for such a two-tiered system in either the *Access Act* or the *Privacy Act*.

commerciaux confidentiels pertinents bénéficieraient ainsi d'une plus grande protection de leurs renseignements personnels que ceux qui ne possèdent pas de tels renseignements. Rien dans la *LAI* ou dans la *LPRP* ne justifie un tel système à deux vitesses.

101 Deschamps J.'s proposed interpretation of s. 44 leads to a second absurd consequence. It is unlikely that Heinz itself possesses personal information within the meaning of s. 3 of the *Privacy Act*. Section 3 includes a non-exhaustive list of information which is considered personal information. Elements of this list reinforce the conclusion that only human beings can constitute identifiable individuals, because only human beings have a race; colour; religion; age; marital status; education; medical, criminal or employment history; fingerprints; and blood type. Heinz is raising s. 19 in the present case in order to protect the personal information of several of its employees. While both the *Access Act* and the *Privacy Act* expressly allow an authorized agent to bring complaints to the Information Commissioner or to the Privacy Commissioner, respectively, s. 44 does not so provide.

L'interprétation de l'art. 44 que préconise la juge Deschamps entraîne une deuxième conséquence absurde. Il est peu probable que Heinz soit elle-même en possession de renseignements personnels au sens de l'art. 3 *LPRP*. L'article 3 renferme une liste non exhaustive de renseignements qui sont considérés comme personnels. Les éléments de cette liste renforcent la conclusion que seuls les êtres humains peuvent être des individus identifiables étant donné que la race, la couleur, la religion, l'âge, la situation de famille, l'éducation, le dossier médical, le casier judiciaire, les antécédents professionnels, les empreintes digitales et le groupe sanguin sont propres à l'espèce humaine. Dans la présente affaire, Heinz invoque l'art. 19 dans le but de protéger les renseignements personnels de plusieurs de ses employés. S'il est vrai que la *LAI* et la *LPRP* permettent expressément à un représentant autorisé de porter plainte auprès du Commissaire à l'information ou du Commissaire à la protection de la vie privée, respectivement, ce n'est pas le cas de l'art. 44.

102 The right to apply for a review under s. 44 belongs to the third party who has received notice of the decision not to disclose the record — in this case, Heinz. The employees of Heinz whose personal information is implicated do not have the right to apply for a s. 44 review. In other words, the interpretation proposed by Deschamps J. has the effect of allowing Heinz to object to the intended disclosure because of the presence of personal information belonging to its employees, in circumstances where the affected employees themselves have no right whatsoever to bring an application for review under the Act. It cannot be the intention of Parliament, in my view, that Heinz can raise s. 19 on behalf of its employees in circumstances where its employees have no right under the *Access Act* or the *Privacy Act* to raise the objection on their own behalf at a judicial hearing.

Le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44 appartient au tiers avisé du refus de communiquer le document — Heinz, en l'espèce. Les employés de Heinz dont les renseignements personnels sont en cause n'ont pas le droit d'exercer le recours en révision prévu à l'art. 44. En d'autres termes, l'interprétation préconisée par la juge Deschamps a pour effet de permettre à Heinz de s'opposer à la communication envisagée à cause de la présence de renseignements personnels concernant ses employés, alors que les employés touchés n'ont eux-mêmes aucun droit d'exercer le recours en révision prévu par la Loi. À mon sens, le législateur ne peut avoir voulu que Heinz puisse invoquer l'art. 19 au nom de ses employés dans un cas où ni la *LAI* ni la *LPRP* ne permettent à ses employés de s'opposer eux-mêmes à cette communication dans le cadre d'un recours judiciaire.

5. Conclusion on the Proper Interpretation of Section 44 of the *Access Act*

Parliament has entrusted the monitoring of government compliance with the *Access Act* and the *Privacy Act* to the Office of the Information Commissioner and the Office of the Privacy Commissioner. The role of these offices is akin to that of an ombudsman and is indicative of a policy decision to adopt a non-litigious dispute resolution mechanism in the context of complaints arising from individuals seeking access to government information or from third parties seeking to protect their personal information. The current scheme creates a more accessible review process of the decision of a government institution to disclose or not to disclose a requested record.

This accessible, informal and non-litigious complaint resolution process results in the Commissioners making non-binding recommendations to the government institution that is the subject of the complaint. The consequence of such a policy decision is, as Deschamps J. has noted, that the role of the Commissioners is necessarily limited by their inability to issue injunctive relief or to prohibit a government institution from disclosing information. Pending the receipt of their recommendations, or even upon receipt of a recommendation not to disclose the record, there is nothing to prevent the government institution from proceeding with disclosure. In fact, the government institution is required by s. 7 of the *Access Act* to provide notice to the information requester of its decision to disclose or to refuse disclosure within 30 days following receipt of the request. If the government institution opts to disclose the record, then access must be provided to the requester within that same time frame. The government institution can however extend that time limit pursuant to s. 9(1) of the *Access Act*, if:

> **9.** (1) . . .
>
> (*a*) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of

5. Conclusion sur l'interprétation que doit recevoir l'art. 44 *LAI*

103 Le législateur a confié au Commissariat à l'information et au Commissariat à la protection de la vie privée la tâche de veiller à ce que le gouvernement respecte la *LAI* et la *LPRP*. Le rôle de ces commissariats s'apparente à celui d'un ombudsman et témoigne d'une décision de politique générale d'adopter un mécanisme non contentieux de règlement des différends dans le cas où des plaintes sont déposées par des individus qui sollicitent l'accès à des renseignements de l'administration fédérale ou par des tiers qui cherchent à protéger leurs renseignements personnels. Le régime actuel établit un processus plus accessible de révision de la décision d'une institution fédérale de communiquer ou de ne pas communiquer un document demandé.

104 Ce processus accessible, informel et non contentieux de règlement des plaintes amène les commissaires à présenter des recommandations n'ayant pas force obligatoire à l'institution fédérale visée par la plainte. Comme l'a fait remarquer la juge Deschamps, une telle décision de politique générale fait en sorte que les commissaires jouent nécessairement un rôle limité en raison de leur incapacité de prononcer une injonction ou d'interdire à une institution fédérale de divulguer des renseignements. Rien n'empêche l'institution fédérale qui attend les recommandations des commissaires ou même qui s'est vu recommander de ne pas donner communication, de communiquer le document demandé. En fait, l'art. 7 *LAI* exige que l'institution fédérale avise l'auteur de la demande de renseignements de sa décision de donner communication ou de son refus de le faire dans les 30 jours suivant réception de la demande. Si l'institution fédérale choisit de communiquer le document, elle doit alors en donner communication à l'auteur de la demande dans le même délai. L'institution fédérale peut toutefois proroger ce délai conformément au par. 9(1) *LAI* dans les cas où :

> **9.** (1) . . .
>
> *a*) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison

records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

(*b*) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or

(*c*) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)

. . .

In all such cases, the requester must be notified of the extension and of his or her right to complain to the Information Commissioner about the delay. Where the head of a government institution extends a time limit for more than 30 days, notice of the extension must also be given to the Information Commissioner according to s. 9(2).

105 The Commissioners do not have the decision-making or remedial capacity to prevent the unlawful disclosure of a requested record. Moreover, apart from a s. 44 proceeding, judicial review under the *Privacy Act* and under the *Access Act* is limited to cases where the government institution has refused to disclose the requested information. Partly for these reasons, Deschamps J. expresses concern that a narrow interpretation of s. 44 would weaken the protection of personal information. The La Forest report mentions that a number of provinces, including Quebec, Ontario, British Columbia, Alberta and Prince Edward Island, have given the provincial Commissioners the power to issue final decisions settling disputes about complaints, subject to judicial review: see p. 50. This reflects a different policy decision than that taken by Parliament. La Forest explains, however, that

Commissioners in most of these provinces use this power sparingly, preferring whenever possible to resolve complaints through conciliation, mediation, and other informal means. They nonetheless consider the existence of this power, which provides a strong incentive to the parties to settle on reasonable terms, to be essential to their effectiveness. [Footnote omitted; p. 50.]

soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).

. . .

Dans tous ces cas, l'auteur de la demande doit être avisé de la prorogation du délai et de son droit de porter plainte à ce sujet auprès du Commissaire à l'information. Dans les cas où la prorogation du délai dépasse 30 jours, le responsable de l'institution fédérale doit également en aviser le Commissaire à l'information conformément au par. 9(2).

Les commissaires n'ont pas la capacité décisionnelle ou réparatrice d'empêcher la communication illégale d'un document demandé. De plus, mis à part le recours exercé en vertu de l'art. 44, le contrôle judiciaire fondé sur la *LPRP* et la *LAI* ne peut avoir lieu que dans le cas où l'institution fédérale a refusé de communiquer les renseignements demandés. La juge Deschamps dit craindre, pour ces raisons notamment, qu'une interprétation restrictive de l'art. 44 affaiblisse la protection des renseignements personnels. Le rapport La Forest mentionne qu'un certain nombre de provinces, dont le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Alberta et l'Île-du-Prince-Édouard, ont donné aux commissaires provinciaux le pouvoir de rendre des décisions définitives en règlement des différends relatifs aux plaintes, sous réserve d'un contrôle judiciaire : voir p. 56. Cela reflète une décision de politique générale différente de celle du législateur fédéral. L'ancien juge La Forest précise cependant que

[d]ans la plupart des provinces, les commissaires exercent ce pouvoir avec parcimonie, préférant, lorsque c'est possible, régler les plaintes par la conciliation, la médiation et autres moyens informels. Ils n'en considèrent pas moins l'existence de ce pouvoir, qui incite fortement les parties à parvenir à un règlement raisonnable, comme essentielle à leur efficacité. [Renvoi omis; p. 56.]

La Forest concludes that the option of granting such powers to the federal Information and Privacy Commissioners is worthy of further study: see p. 52. The decision of whether or not to extend such powers to the Commissioners is a complicated one that must balance the protection of personal information with the need for an accessible, informal and expeditious complaints resolution system in order to promote access to information. It is quite clearly a decision best left to Parliament.

Il conclut que l'option consistant à conférer ce pouvoir aux commissaires fédéraux à l'information et à la protection de la vie privée mérite qu'on s'y attarde davantage : voir p. 58. La décision d'accorder ou non de tels pouvoirs aux commissaires est complexe et doit concilier la protection des renseignements personnels avec la nécessité de disposer d'un système de règlement des plaintes accessible, informel et rapide afin de faciliter l'accès à l'information. De toute évidence, c'est au législateur qu'il appartient de prendre cette décision.

In interpreting s. 44 of the *Access Act*, it is necessary to preserve the integrity of the mechanism Parliament has selected in order to balance the competing rights of access and privacy. Where personal information has been unlawfully disclosed, that mechanism consists of the complaint and investigation process provided by s. 29 of the *Privacy Act*, and of the additional protection provided by s. 8(5) of the *Privacy Act*, where a government institution intends to disclose personal information on the basis that the public interest in disclosure outweighs any invasion of privacy. This process is nothing more than the expression of a governmental policy decision reflecting its own evaluation of the advantages and disadvantages of various options, in terms of principles and operational requirements. Its integrity must be respected in order to give effect to legislative intent.

106 Pour interpréter l'art. 44 *LAI*, il est nécessaire de préserver l'intégrité du mécanisme que le législateur a choisi pour concilier les droits opposés en matière d'accès à l'information et de protection de la vie privée. Lorsqu'il y a eu divulgation illicite de renseignements personnels, ce mécanisme est le processus de plainte et d'enquête établi à l'art. 29 *LPRP*, assorti de la protection additionnelle que le par. 8(5) *LPRP* prescrit dans le cas où l'institution fédérale entend communiquer des renseignements personnels pour le motif que des raisons d'intérêt public justifieraient une éventuelle violation de la vie privée. Ce processus n'est rien de plus que le reflet d'une décision de politique générale que l'administration fédérale a prise après avoir évalué les avantages et désavantages que diverses options présentaient sur le plan des principes et des conditions d'application. Il faut respecter l'intégrité de ce processus pour mettre à exécution l'intention du législateur.

As previously mentioned, Deschamps J. expresses concern in her reasons about what she views as the lack of protection in the Acts for individuals' personal information. However, her interpretation of s. 44 of the *Access Act* only provides a right of review to resist disclosure on the basis of s. 19 in the limited circumstances where confidential business information potentially appears in the requested record. This results in inequities, as mentioned earlier. Moreover, as is the case here, that right of review may not even belong to the individuals whose personal information actually appears in the requested record. In the present case, only Heinz has the right to apply for a review,

107 Comme je l'ai déjà mentionné, la juge Deschamps s'inquiète, dans ses motifs, du fait que les lois ne protègent pas suffisamment, à son avis, les renseignements personnels. Toutefois, selon son interprétation de l'art. 44 *LAI*, le droit de révision ne peut être exercé pour s'opposer à la communication fondée sur l'art. 19 que dans les cas limités où le document demandé est susceptible de contenir des renseignements commerciaux confidentiels. Il en résulte des iniquités, comme je l'ai déjà mentionné. De plus, comme c'est le cas en l'espèce, ce droit de révision n'appartient peut-être même pas aux individus dont les renseignements personnels figurent réellement dans le document demandé. En l'espèce,

notwithstanding that the personal information contained in the record actually belongs to its employees.

108 Deschamps J.'s interpretation of s. 44 does not result in better or fairer protection for individuals' personal information. Cases such as these will be limited in number. The large majority of individuals whose personal information is vulnerable will not benefit. Moreover, although I have concluded that a third party cannot raise the s. 19 exemption for personal information on a s. 44 review, I do not exclude the possibility of judicial review pursuant to the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Indeed, where the government institution acts without or beyond its jurisdiction, it remains open to a party directly affected by the decision to bring an application for judicial review pursuant to s. 18.1 of the *Federal Courts Act*.

6. The Possibility of Bringing a Judicial Review Application Pursuant to the *Federal Courts Act*

6.1 *Whether Judicial Review Is Available Under the Federal Courts Act*

109 Once a third party has received notice of the government institution's intended decision to disclose a record that may contain personal information, it may consider bringing an application for judicial review under the *Federal Courts Act*. Section 18.1(1) and 18.1(2) of that Act provides:

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to

seule Heinz a le droit d'exercer le recours en révision, en dépit du fait que les renseignements personnels contenus dans le document concernent ses employés.

L'interprétation que donne la juge Deschamps à l'art. 44 ne permet pas d'assurer une meilleure protection ou une protection plus équitable des renseignements personnels. Ce type de cas n'est pas fréquent. La grande majorité des individus dont les renseignements personnels sont à risque n'en bénéficieront pas. En outre, malgré ma conclusion qu'un tiers ne peut pas invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19 dans le cadre d'une révision fondée sur l'art. 44, je n'écarte pas la possibilité d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. En effet, si l'institution fédérale agit sans compétence ou outrepasse sa compétence, la partie directement touchée par sa décision peut toujours présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

6. La possibilité de présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*

6.1 *Peut-il y avoir contrôle judiciaire fondé sur la Loi sur les Cours fédérales?*

Dès qu'un tiers est avisé que l'institution fédérale entend communiquer un document susceptible de contenir des renseignements personnels, il peut envisager de présenter une demande de contrôle judiciaire conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. Les paragraphes 18.1(1) et (2) de cette loi prévoient ceci :

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant

the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

"Federal board, commission or other tribunal" is very broadly defined in s. 2(1) of the *Federal Courts Act*, and means

any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

Pursuant to ss. 4, 7, and 10 of the *Access Act*, the government institution is under a duty to disclose all requested information that does not fall within one of the statutory exemptions listed in ss. 13 to 24 and 26 of that Act. The government institution thus exercises powers conferred by an Act of Parliament and falls within the meaning of "federal board, commission or other tribunal". Pursuant to s. 28(1)(*b*) of the *Access Act*, the government institution must provide notice to the third party whose confidential business information was initially believed to appear in the requested record of its decision concerning the disclosure of the record. That decision constitutes a decision of a federal board, commission or other tribunal within the meaning of the *Federal Courts Act* and is potentially reviewable. This is consistent with what Le Dain J. stated on behalf of a unanimous Court in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at pp. 623-24:

It is, of course, clear since the decision of this Court in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, that *certiorari* is not confined to decisions required to be made on a judicial or quasi-judicial basis, but that it applies, in the words of Dickson J., as he then was, at pp. 622-23, "wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person".

Section 19 of the *Access Act* constitutes a mandatory exemption from disclosure for all personal

ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

110 Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* donne à l'expression « office fédéral » une définition très générale que voici :

Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion de la Cour canadienne de l'impôt et ses juges, d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

111 Suivant les art. 4, 7 et 10 *LAI*, l'institution fédérale est tenue de divulguer tous les renseignements demandés qui ne sont pas visés par l'une des exceptions prévues aux art. 13 à 24 ainsi que 26 de cette loi. L'institution fédérale exerce donc des pouvoirs prévus par une loi fédérale et est visée par la définition de l'expression « office fédéral ». Aux termes de l'al. 28(1)*b*) *LAI*, l'institution fédérale doit aviser le tiers, dont les renseignements commerciaux confidentiels étaient, au départ, susceptibles de figurer dans le document demandé, de sa décision concernant la communication de ce document. Cette décision est celle d'un office fédéral au sens de la *Loi sur les Cours fédérales* et est donc susceptible de contrôle. Cette conclusion concorde avec les propos que le juge Le Dain a tenus au nom de la Cour à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 623-624 :

Certes, il est bien établi depuis l'arrêt de cette Cour *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, que le recours au *certiorari* ne se limite pas aux décisions soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, mais que, comme l'a dit le juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 622 et 623, il y a lieu à *certiorari* « chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne ».

112 L'article 19 *LAI* soustrait de manière impérative à la divulgation tous les renseignements

information that does not fall into one of the stated exceptions. Although s. 8(2)(*m*)(i) of the *Privacy Act* allows the government institution to disclose personal information where it is deemed necessary in the public interest, that provision has not been invoked in the present case. As such, any decision to disclose a record containing information falling within s. 19 of the *Access Act* is clearly not authorized by the statute. Such a decision would be *ultra vires*, and would constitute a jurisdictional error pursuant to s. 18.1(4)(*a*) of the *Federal Courts Act*, which provides that:

18.1 . . .

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(*a*) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

113 As a result, it would be open to the third party to seek an order prohibiting the government institution from disclosing the record containing personal information (s. 18.1(3)(*b*)).

114 I have thus concluded that the decision of the government institution to disclose the requested record is reviewable for jurisdictional error, and that the remedy of prohibition is available under the *Federal Courts Act*. Section 18.5 provides an exception to s. 18.1, where a right of appeal is available from the decision of the federal board, commission or other tribunal. Such is not the case here.

115 Nonetheless, a judge, on judicial review, may exercise his or her discretion so as to refuse to grant a remedy where an adequate alternative remedy exists. Dickson C.J. explained in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 96, that:

It may well be that once the alternative remedy is found to be adequate discretionary relief is barred, but this is nothing but a reflection of a judicial concern to exercise discretion in a consistent and principled manner. Inquiring into the adequacy of the alternative remedy

personnels qui ne sont pas visés par l'une des exceptions qu'il énonce. Bien que le sous-al. 8(2)*m*)(i) *LPRP* permette à l'institution fédérale de communiquer des renseignements personnels lorsqu'elle le juge nécessaire pour des raisons d'intérêt public, ce sous-alinéa n'a pas été invoqué en l'espèce. C'est pourquoi il est évident que la Loi ne permet pas de décider de communiquer un document contenant des renseignements visés par l'art. 19 *LAI*. Une telle décision serait *ultra vires* et constituerait une erreur de compétence selon l'al. 18.1(4)*a*) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui se lit ainsi :

18.1 . . .

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

Par conséquent, le tiers pourrait solliciter une ordonnance interdisant à l'institution fédérale de communiquer le document qui contient des renseignements personnels (al. 18.1(3)*b*)).

Je suis donc arrivé à la conclusion que la décision de l'institution fédérale de communiquer le document demandé est susceptible de contrôle judiciaire pour cause d'erreur de compétence, et qu'elle peut faire l'objet d'une prohibition en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'article 18.5 établit une exception à l'art. 18.1 dans les cas où il peut être interjeté appel de la décision de l'office fédéral. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Néanmoins, lors d'un contrôle judiciaire, un juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'accorder réparation lorsqu'il existe un autre recours approprié. Dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, le juge en chef Dickson a expliqué ceci, à la p. 96 :

Il est fort possible que, si l'autre recours est jugé approprié, le redressement discrétionnaire devienne irrecevable, mais cela ne fait que refléter la préoccupation du judiciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon qui soit uniforme et fondée sur des principes. Se

is at one and the same time an inquiry into whether discretion to grant the judicial review remedy should be exercised. It is for the courts to isolate and balance the factors which are relevant to the inquiry into adequacy.

(Cited in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 36.)

In determining whether to require the applicant to utilize a statutory appeal procedure provided in the legislation, the Court in *Canadian Pacific*, at para. 37, identified the following factors as relevant: "the convenience of the alternative remedy, the nature of the error, and the nature of the appellate body (i.e., its investigatory, decision-making and remedial capacities)". The Court noted, however, that this list was not closed.

The complaint process in the *Privacy Act* is convenient and accessible, and the expertise and investigatory role of the Privacy Commissioner are relevant considerations. The structure of the Act establishes clearly that the protection of privacy is meant to be the domain of the Privacy Commissioner who can receive complaints, investigate, and report its findings and recommendations to the relevant government institution. The scheme and purpose of the Act can be relevant considerations for a judge in determining whether or not to grant a remedy on judicial review: *Canadian Pacific*, at paras. 43-46. Ultimately, however, the Privacy Commissioner has no decision-making or remedial capacity. I have already concluded that s. 44 of the *Access Act* does not allow a third party to raise the s. 19 exemption for personal information. I also agree with the parties and with Deschamps J. that the *Access Act* provides no other avenue to prevent a government institution from disclosing a requested record.

In the context of an application pursuant to s. 18 of the *Federal Courts Act*, I would conclude that the statutory scheme does not provide Heinz with an adequate alternative remedy. According to

demander si l'autre recours disponible est approprié équivaut à examiner l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder le contrôle judiciaire recherché. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'identifier et de mettre en équilibre les facteurs applicables à l'examen du caractère approprié du recours.

(Cité dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 36.)

Dans l'arrêt *Canadien Pacifique*, par. 37, la Cour a décidé que les facteurs suivants sont pertinents pour déterminer s'il y a lieu d'obliger le requérant à se prévaloir d'une procédure d'appel prescrite par la loi : « la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et la nature de la juridiction d'appel (c.-à-d. sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement) ». La Cour a toutefois précisé que cette liste n'était pas exhaustive.

116 Le processus de plainte prévu dans la *LPRP* est commode et accessible; l'expertise et le rôle d'enquêteur du Commissaire à la protection de la vie privée constituent des facteurs pertinents. La structure de cette loi établit clairement que la protection des renseignements personnels est censée relever du Commissaire à la protection de la vie privée qui peut recevoir des plaintes, enquêter et rendre compte de ses conclusions et recommandations à l'institution fédérale concernée. L'économie et l'objet de la Loi sont des facteurs dont un juge peut tenir compte pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une réparation dans le cadre d'un contrôle judiciaire : *Canadien Pacifique*, par. 43-46. En définitive, toutefois, le Commissaire à la protection de la vie privée n'a pas la capacité de rendre une décision ou d'offrir un redressement. J'ai déjà conclu que l'art. 44 *LAI* ne permet pas à un tiers d'invoquer l'exception des renseignements personnels prévue à l'art. 19. Je souscris également à l'avis des parties et de la juge Deschamps selon lequel la *LAI* n'offre aucun autre moyen d'empêcher une institution fédérale de communiquer un document demandé.

117 Dans le contexte d'une demande fondée sur l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, j'estime que le régime législatif n'offre à Heinz aucun autre recours approprié. Selon l'al. 29(1)*a*) *LPRP*, le

s. 29(1)(*a*) of the *Privacy Act*, the complaint process is generally initiated after an individual's personal information has been "used or disclosed" contrary to the *Privacy Act*. Thus, the purported adequate alternative remedy may not even be available prior to the actual disclosure. Moreover, the remedy sought by Heinz in this case, that the information not be disclosed, is simply not available pursuant to the existing scheme. The Attorney General asks this Court to substitute judicial review prior to disclosure with an administrative investigation following disclosure and resulting in non-binding recommendations. In *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 83, I found, in dissent, that "an application for judicial review was the sole procedural means available to [the appellant] in order to quash the Minister's decision". The special statutory regime created by the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, did not provide for the quashing of a notice of compliance, although it did provide for an order of prohibition pursuant to a statutory right of action. However, that cause of action was not open to the appellant in that case. Thus, the appellant was without a remedy. The same reasoning applies here.

118 Ultimately, the discretion to grant or refuse a remedy pursuant to ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* rests with the Federal Court judge hearing the judicial review application. That judge will only decline to exercise his jurisdiction pursuant to the *Federal Courts Act* if he or she is satisfied that the statutory scheme provides an adequate alternative remedy. In a case similar to this, where the third party is attempting to protect personal information belonging to its employees, the judge would also have to decide whether the third party has standing to bring the application. This is because, according to s. 18.1, an application for judicial review may be brought by anyone "directly affected" by the matter in respect of which relief is sought.

processus de plainte est normalement engagé après que les renseignements personnels d'un individu ont été « utilisés ou communiqués » contrairement à la *LPRP*. Ainsi, il se peut que l'autre recours approprié envisagé ne puisse même pas être exercé avant la communication. De plus, le régime existant ne permet simplement pas d'accorder la réparation sollicitée par Heinz en l'espèce, à savoir la non-communication des renseignements. Le procureur général demande à notre Cour de substituer au contrôle judiciaire préalable à la communication une enquête administrative effectuée après la communication et donnant lieu à des recommandations n'ayant pas force obligatoire. Dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, j'ai conclu dans mes motifs dissidents que « la demande de contrôle judiciaire était le seul moyen procédural dont disposait [l'appelante] pour faire annuler la décision du ministre » (par. 83). Le cadre réglementaire spécial créé par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, ne prévoyait pas l'annulation d'un avis de conformité, mais il permettait de demander une ordonnance d'interdiction conformément à un droit d'action conféré par la loi. Toutefois, l'appelante ne pouvait invoquer cette cause d'action et elle était donc privée de recours. Le même raisonnement s'applique en l'espèce.

En définitive, c'est au juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire qu'appartient le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une réparation conformément aux art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ce juge refusera d'exercer la compétence que lui confère la *Loi sur les Cours fédérales* uniquement s'il est convaincu que le régime législatif prévoit un autre recours approprié. Dans un cas comme celui qui nous occupe, où le tiers tente de protéger les renseignements personnels de ses employés, le juge devrait également décider si le tiers a qualité pour présenter la demande. Cela s'explique par le fait que, selon l'art. 18.1, la demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque « est directement touché » par l'objet de la demande.

6.2 *Whether This Review Should Simply Be Allowed to Proceed Under Section 44 of the Access Act for Reasons of Efficiency and Convenience*

Deschamps J. expresses concern that forcing a party to split its complaint into two parallel proceedings might be an unwarranted use of resources. That concern is best left to Parliament to address, if it so chooses. Given the structure of the statutory scheme, I have concluded that a third party cannot raise a s. 19 exemption on a s. 44 review. I further conclude that there are valid reasons for refusing to collapse a s. 18.1 review within a s. 44 review.

There are critical differences between a s. 44 review and a s. 18.1 judicial review. Firstly, the Federal Court has held that a s. 44 review is a hearing *de novo*, whereas a s. 18.1 review requires the use of the pragmatic and functional approach to determine whether deference is owed to the decision of the government institution to disclose the record: *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (F.C.A.), at para. 7. Secondly, s. 44 grants a right of review to third parties who have received notice under s. 28(1)(*b*) or s. 29(1) of the *Access Act*. No other requirement exists. By contrast, s. 18.1 of the *Federal Courts Act* requires that the applicant have standing to bring the application for review. Finally, where the court, on a s. 44 review, determines that the government institution is required to refuse disclosure, s. 51 of the *Access Act* states that the court shall order the head of the institution not to disclose the record or to make such other order as the court deems appropriate. The remedies available under s. 18(3) of the *Federal Courts Act* are somewhat different. Most importantly, they are discretionary in nature.

I would also note that there is nothing to prevent a Federal Court judge from proceeding with both applications at the same time or consecutively,

6.2 *Devrait-on autoriser en l'espèce l'exercice du recours en révision prévu à l'art. 44 LAI simplement pour des raisons d'efficacité et de commodité?*

119 La juge Deschamps dit craindre que forcer une partie à scinder sa plainte en deux recours parallèles constitue une utilisation injustifiée des ressources. C'est au législateur qu'il appartient d'examiner cette question, s'il le veut. Compte tenu de la structure du régime législatif, je conclus qu'un tiers ne peut invoquer l'exception prévue à l'art. 19 dans un recours en révision fondé sur l'art. 44. Je conclus également qu'il existe des raisons valables de refuser d'amalgamer le contrôle prévu à l'art. 18.1 à une révision fondée sur l'art. 44.

120 Il existe des différences cruciales entre un recours en révision fondé sur l'art. 44 et le contrôle judiciaire prévu à l'art. 18.1. Premièrement, la Cour fédérale a statué qu'une révision fondée sur l'art. 44 constitue une audience *de novo*, alors que le contrôle prévu à l'art. 18.1 exige d'appliquer une méthode pragmatique et fonctionnelle pour décider s'il y a lieu de faire montre de déférence à l'égard de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document : *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)* (2001), 272 N.R. 184 (C.A.F.), par. 7. Deuxièmement, l'art. 44 accorde un droit de révision aux tiers qui ont été avisés en vertu de l'al. 28(1)*b*) ou du par. 29(1) *LAI*. Aucune autre condition n'est requise. Par contre, l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* exige que le demandeur ait qualité pour présenter la demande de contrôle. Enfin, dans un recours en révision fondé sur l'art. 44, lorsque la cour décide que l'institution fédérale est tenue de refuser la communication, elle doit alors, selon l'art. 51 *LAI*, ordonner au responsable de l'institution de refuser cette communication ou rendre une autre ordonnance si elle l'estime indiqué. Les recours prévus au par. 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* diffèrent quelque peu. Qui plus est, ils sont de nature discrétionnaire.

121 Je tiens également à souligner que rien n'empêche un juge de la Cour fédérale d'examiner les deux demandes en même temps ou

thereby addressing Deschamps J.'s concerns about unwarranted use of resources.

7. Conclusion

122 Only those third parties who are given notice pursuant to s. 28(1)(*b*) or s. 29(1) of the *Access Act* of the government institution's decision to disclose the record will be in a position to seek a judicial review prohibiting the disclosure. This is because only such parties will usually have notice of the decision prior to disclosure. Presumably, judicial review will be of limited use to a third party after the record has been disclosed insofar as the damage to privacy will already have occurred. In such situations, the third party retains the option of laying a complaint with the Privacy Commissioner, as discussed above, who can report his findings and recommendations to the institution where warranted.

123 This inequality is a necessary result of the statutory scheme, which only provides notice prior to the actual disclosure in the circumstances outlined in ss. 27, 28 and 29 of the *Access Act*. In interpreting s. 44 of the *Access Act*, I concluded that it was necessary to respect the integrity of the complaint and investigation process contained in s. 29 of the *Privacy Act*, in order to give effect to legislative intent. Nonetheless, without providing an adequate alternative remedy, and without any privative clause whatsoever, the *Access Act* cannot oust the possibility of judicial review pursuant to the *Federal Courts Act*.

124 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court of Appeal, and award costs in all courts to the appellant.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

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

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to

consécutivement, ce qui répond à la préoccupation que la juge Deschamps a exprimée au sujet de l'utilisation injustifiée des ressources.

7. Conclusion

Seuls les tiers qui sont avisés, conformément à l'al. 28(1)*b*) ou au par. 29(1) *LAI*, de la décision de l'institution fédérale de communiquer le document sont en mesure de solliciter un contrôle judiciaire en vue d'interdire la communication. Il en est ainsi parce qu'ils sont normalement les seuls à être avisés de la décision avant la communication. L'on peut supposer que le contrôle judiciaire est peu utile à un tiers une fois que le document est communiqué, dans la mesure où il y a déjà violation de la vie privée. Dans ces cas, le tiers a toujours la possibilité de porter plainte auprès du Commissaire à la protection de la vie privée, comme nous l'avons vu précédemment, lequel peut rendre compte à l'institution fédérale de ses conclusions et recommandations lorsqu'elles sont justifiées.

Cette inégalité est la conséquence nécessaire du régime législatif, lequel ne prescrit un avis préalable à la communication que dans les circonstances exposées aux art. 27, 28 et 29 *LAI*. En interprétant l'art. 44 *LAI*, j'ai conclu que, pour mettre à exécution l'intention du législateur, il était nécessaire de respecter l'intégrité du processus de plainte et d'enquête prévu à l'art. 29 *LPRP*. Néanmoins, du fait qu'elle ne prévoit aucun autre recours approprié et qu'elle ne comporte aucune clause privative de quelque nature que ce soit, la *LAI* ne peut écarter la possibilité d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Loi sur les Cours fédérales*.

Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Cour d'appel fédérale et j'accorderais des dépens à l'appelant devant toutes les cours.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

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

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en

information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

. . .

3. In this Act,

. . .

"third party", in respect of a request for access to a record under this Act, means any person, group of persons or organization other than the person that made the request or a government institution.

. . .

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

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

(*a*) the individual to whom it relates consents to the disclosure;

(*b*) the information is publicly available; or

(*c*) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act.*

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

(*a*) trade secrets of a third party;

(*b*) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;

consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

. . .

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« tiers » Dans le cas d'une demande de communication de document, personne, groupement ou organisation autres que l'auteur de la demande ou qu'une institution fédérale.

. . .

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

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

a) l'individu qu'ils concernent y consent;

b) le public y a accès;

c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels.*

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant :

a) des secrets industriels de tiers;

b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;

(*c*) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or

(*d*) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

(2) The head of a government institution shall not, pursuant to subsection (1), refuse to disclose a part of a record if that part contains the results of product or environmental testing carried out by or on behalf of a government institution unless the testing was done as a service to a person, a group of persons or an organization other than a government institution and for a fee.

(3) Where the head of a government institution discloses a record requested under this Act, or a part thereof, that contains the results of product or environmental testing, the head of the institution shall at the same time as the record or part thereof is disclosed provide the person who requested the record with a written explanation of the methods used in conducting the tests.

(4) For the purposes of this section, the results of product or environmental testing do not include the results of preliminary testing conducted for the purpose of developing methods of testing.

(5) The head of a government institution may disclose any record that contains information described in subsection (1) with the consent of the third party to whom the information relates.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(*b*), (*c*) or (*d*) if that disclosure would be in the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if the public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

. . .

27. (1) Where the head of a government institution intends to disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains or that the

c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;

d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

(2) Le paragraphe (1) n'autorise pas le responsable d'une institution fédérale à refuser la communication de la partie d'un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement effectués par une institution fédérale ou pour son compte, sauf si les essais constituent une prestation de services fournis à titre onéreux mais non destinés à une institution fédérale.

(3) Dans les cas où, à la suite d'une demande, il communique, en tout ou en partie, un document qui donne les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement, le responsable d'une institution fédérale est tenu d'y joindre une note explicative des méthodes utilisées pour effectuer les essais.

(4) Pour l'application du présent article, les résultats d'essais de produits ou d'essais d'environnement ne comprennent pas les résultats d'essais préliminaires qui ont pour objet la mise au point de méthodes d'essais.

(5) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer tout document contenant les renseignements visés au paragraphe (1) si le tiers que les renseignements concernent y consent.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)*b*), *c*) et *d*) pour des raisons d'intérêt public concernent la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers : pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

. . .

27. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale qui a l'intention de donner communication totale ou partielle d'un document est

head of the institution has reason to believe might contain

(*a*) trade secrets of a third party,

(*b*) information described in paragraph 20(1)(*b*) that was supplied by a third party, or

(*c*) information the disclosure of which the head of the institution could reasonably foresee might effect a result described in paragraph 20(1)(*c*) or (*d*) in respect of a third party,

the head of the institution shall, subject to subsection (2), if the third party can reasonably be located, within thirty days after the request is received, give written notice to the third party of the request and of the fact that the head of the institution intends to disclose the record or part thereof.

(2) Any third party to whom a notice is required to be given under subsection (1) in respect of an intended disclosure may waive the requirement, and where the third party has consented to the disclosure the third party shall be deemed to have waived the requirement.

(3) A notice given under subsection (1) shall include

(*a*) a statement that the head of the government institution giving the notice intends to release a record or a part thereof that might contain material or information described in subsection (1);

(*b*) a description of the contents of the record or part thereof that, as the case may be, belong to, were supplied by or relate to the third party to whom the notice is given; and

(*c*) a statement that the third party may, within twenty days after the notice is given, make representations to the head of the government institution that has control of the record as to why the record or part thereof should not be disclosed.

(4) The head of a government institution may extend the time limit set out in subsection (1) in respect of a request under this Act where the time limit set out in section 7 is extended under paragraph 9(1)(*a*) or (*b*) in respect of the same request, but any extension under this subsection shall be for a period no longer than the period of the extension under section 9.

tenu de donner au tiers intéressé, dans les trente jours suivant la réception de la demande, avis écrit de celle-ci ainsi que de son intention, si le document contient ou s'il est, selon lui, susceptible de contenir :

a) soit des secrets industriels d'un tiers;

b) soit des renseignements visés à l'alinéa 20(1)*b*) qui ont été fournis par le tiers;

c) soit des renseignements dont la communication risquerait, selon lui, d'entraîner pour le tiers les conséquences visées aux alinéas 20(1)*c*) ou *d*).

La présente disposition ne vaut que s'il est possible de rejoindre le tiers sans problèmes sérieux.

(2) Le tiers peut renoncer à l'avis prévu au paragraphe (1) et tout consentement à la communication du document vaut renonciation à l'avis.

(3) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention de l'intention du responsable de l'institution fédérale de donner communication totale ou partielle du document susceptible de contenir les secrets ou les renseignements visés au paragraphe (1);

b) la désignation du contenu total ou partiel du document qui, selon le cas, appartient au tiers, a été fourni par lui ou le concerne;

c) la mention du droit du tiers de présenter au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document ses observations quant aux raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis.

(4) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai visé au paragraphe (1) dans les cas où le délai de communication à la personne qui a fait la demande est prorogé en vertu des alinéas 9(1)*a*) ou *b*), mais le délai ne peut dépasser celui qui a été prévu pour la demande en question.

28. (1) Where a notice is given by the head of a government institution under subsection 27(1) to a third party in respect of a record or a part thereof,

(*a*) the third party shall, within twenty days after the notice is given, be given the opportunity to make representations to the head of the institution as to why the record or the part thereof should not be disclosed; and

(*b*) the head of the institution shall, within thirty days after the notice is given, if the third party has been given an opportunity to make representations under paragraph (*a*), make a decision as to whether or not to disclose the record or the part thereof and give written notice of the decision to the third party.

(2) Representations made by a third party under paragraph (1)(*a*) shall be made in writing unless the head of the government institution concerned waives that requirement, in which case they may be made orally.

(3) A notice given under paragraph (1)(*b*) of a decision to disclose a record requested under this Act or a part thereof shall include

(*a*) a statement that the third party to whom the notice is given is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(*b*) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto or to the part thereof unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

(4) Where, pursuant to paragraph (1)(*b*), the head of a government institution decides to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give the person who made the request access to the record or the part thereof forthwith on completion of twenty days after a notice is given under that paragraph, unless a review of the decision is requested under section 44.

29. (1) Where the head of a government institution decides, on the recommendation of the Information Commissioner made pursuant to subsection 37(1), to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall give written notice of the decision to

(*a*) the person who requested access to the record; and

28. (1) Dans les cas où il a donné avis au tiers conformément au paragraphe 27(1), le responsable d'une institution fédérale est tenu :

a) de donner au tiers la possibilité de lui présenter, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, des observations sur les raisons qui justifieraient un refus de communication totale ou partielle du document;

b) de prendre dans les trente jours suivant la transmission de l'avis, pourvu qu'il ait donné au tiers la possibilité de présenter des observations conformément à l'alinéa *a*), une décision quant à la communication totale ou partielle du document et de donner avis de sa décision au tiers.

(2) Les observations prévues à l'alinéa (1)*a*) se font par écrit, sauf autorisation du responsable de l'institution fédérale quant à une présentation orale.

(3) L'avis d'une décision de donner communication totale ou partielle d'un document conformément à l'alinéa (1)*b*) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication totale ou partielle du document.

(4) Dans les cas où il décide, en vertu de l'alinéa (1)*b*), de donner communication totale ou partielle du document à la personne qui en a fait la demande, le responsable de l'institution fédérale donne suite à sa décision dès l'expiration des vingt jours suivant la transmission de l'avis prévu à cet alinéa, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.

29. (1) Dans les cas où, sur la recommandation du Commissaire à l'information visée au paragraphe 37(1), il décide de donner communication totale ou partielle d'un document, le responsable de l'institution fédérale transmet un avis écrit de sa décision aux personnes suivantes :

a) la personne qui en a fait la demande;

(*b*) any third party that the head of the institution has notified under subsection 27(1) in respect of the request or would have notified under that subsection if the head of the institution had at the time of the request intended to disclose the record or part thereof.

(2) A notice given under subsection (1) shall include

(*a*) a statement that any third party referred to in paragraph (1)(*b*) is entitled to request a review of the decision under section 44 within twenty days after the notice is given; and

(*b*) a statement that the person who requested access to the record will be given access thereto unless, within twenty days after the notice is given, a review of the decision is requested under section 44.

. . .

44. (1) Any third party to whom the head of a government institution is required under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) to give a notice of a decision to disclose a record or a part thereof under this Act may, within twenty days after the notice is given, apply to the Court for a review of the matter.

(2) The head of a government institution who has given notice under paragraph 28(1)(*b*) or subsection 29(1) that a record requested under this Act or a part thereof will be disclosed shall forthwith on being given notice of an application made under subsection (1) in respect of the disclosure give written notice of the application to the person who requested access to the record.

(3) Any person who has been given notice of an application for a review under subsection (2) may appear as a party to the review.

. . .

51. Where the Court determines, after considering an application under section 44, that the head of a government institution is required to refuse to disclose a record or part of a record, the Court shall order the head of the institution not to disclose the record or part thereof or shall make such other order as the Court deems appropriate.

b) le tiers à qui il a donné l'avis prévu au paragraphe 27(1) ou à qui il l'aurait donné s'il avait eu l'intention de donner communication totale ou partielle du document.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit contenir les éléments suivants :

a) la mention du droit du tiers d'exercer un recours en révision en vertu de l'article 44, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis;

b) la mention qu'à défaut de l'exercice du recours en révision dans ce délai, la personne qui a fait la demande recevra communication du document.

. . .

44. (1) Le tiers que le responsable d'une institution fédérale est tenu, en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1), d'aviser de la communication totale ou partielle d'un document peut, dans les vingt jours suivant la transmission de l'avis, exercer un recours en révision devant la Cour.

(2) Le responsable d'une institution fédérale qui a donné avis de communication totale ou partielle d'un document en vertu de l'alinéa 28(1)*b*) ou du paragraphe 29(1) est tenu, sur réception d'un avis de recours en révision de cette décision, d'en aviser par écrit la personne qui avait demandé communication du document.

(3) La personne qui est avisée conformément au paragraphe (2) peut comparaître comme partie à l'instance.

. . .

51. La Cour, dans les cas où elle conclut, lors d'un recours exercé en vertu de l'article 44, que le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication totale ou partielle d'un document, lui ordonne de refuser cette communication; elle rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

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

3. In this Act,

. . .

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

(*a*) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

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

(*c*) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(*d*) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(*e*) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(*f*) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(*g*) the views or opinions of another individual about the individual,

(*h*) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (*e*), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(*i*) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

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

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

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

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

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

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa *e*), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

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

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

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

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

(*k*) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(*l*) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(*m*) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

. . .

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

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

. . .

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

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

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

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

k) un individu qui, au titre d'un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

. . .

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

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

. . .

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

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

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

. . .

(5) The head of a government institution shall notify the Privacy Commissioner in writing of any disclosure of personal information under paragraph (2)(*m*) prior to the disclosure where reasonably practicable or in any other case forthwith on the disclosure, and the Privacy Commissioner may, if the Commissioner deems it appropriate, notify the individual to whom the information relates of the disclosure.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(*a*) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(*b*) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (*a*), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

. . .

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to

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

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

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

. . .

(5) Dans le cas prévu à l'alinéa (2)*m*), le responsable de l'institution fédérale concernée donne un préavis écrit de la communication des renseignements personnels au Commissaire à la protection de la vie privée si les circonstances le justifient; sinon, il en avise par écrit le Commissaire immédiatement après la communication. La décision de mettre au courant l'individu concerné est laissée à l'appréciation du Commissaire.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa *a*), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

. . .

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale

the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(*a*) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(*b*) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(*a*) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(*b*) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(*c*) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(*d*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(*e*) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(*f*) acted in any other way that was contrary to law.

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

(*a*) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

(*b*) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE *and* LEBEL JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE *et* LEBEL *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Robert Tranchemontagne and Norman Werbeski *Appellants*

v.

Director of the Ontario Disability Support Program of the Ministry of Community, Family and Children's Services *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Advocacy Centre for Tenants Ontario, African Canadian Legal Clinic, Empowerment Council — Centre for Addiction and Mental Health, and Social Benefits Tribunal *Interveners*

INDEXED AS: TRANCHEMONTAGNE *v.* ONTARIO (DIRECTOR, DISABILITY SUPPORT PROGRAM)

Neutral citation: 2006 SCC 14.

File No.: 30615.

2005: December 12; 2006: April 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Human rights issues — Legislation prohibiting Social Benefits Tribunal from considering constitutional validity of laws and regulations — Whether tribunal has jurisdiction to consider human rights legislation in rendering its decisions — If so, whether tribunal should decline to exercise its jurisdiction in instant cases in favour of more appropriate forum — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 47(2) — Ontario Disability Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, s. 5(2) — Ontario Works Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 67(2).

Robert Tranchemontagne et Norman Werbeski *Appelants*

c.

Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées du ministère des Services à la collectivité, à la famille et à l'enfance *Intimé*

et

Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Centre ontarien de défense des droits des locataires, African Canadian Legal Clinic, Conseil d'autonomie des clients — Centre de toxicomanie et de santé mentale, et Tribunal de l'aide sociale *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : TRANCHEMONTAGNE *c.* ONTARIO (DIRECTEUR DU PROGRAMME ONTARIEN DE SOUTIEN AUX PERSONNES HANDICAPÉES)

Référence neutre : 2006 CSC 14.

N° du greffe : 30615.

2005 : 12 décembre; 2006 : 21 avril.

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

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

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions relatives aux droits de la personne — Législation interdisant au Tribunal de l'aide sociale d'examiner la constitutionnalité des lois et règlements — Un tribunal administratif a-t-il compétence pour examiner les lois relatives aux droits de la personne au moment de rendre ses décisions? — Dans l'affirmative, le tribunal administratif devrait-il décliner compétence dans les présentes affaires en faveur d'une juridiction plus appropriée? — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 47(2) — Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, art. 5(2) — Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, art. 67(2).

T and W applied for support pursuant to the *Ontario Disability Support Program Act, 1997* ("ODSPA"). The Director of the program denied their applications and an internal review confirmed the Director's decisions. The Social Benefits Tribunal ("SBT") dismissed T's and W's appeals pursuant to s. 5(2) of the ODSPA based on its finding that they both suffered from alcoholism. In so concluding, the SBT found that it did not have jurisdiction to consider whether s. 5(2) was inapplicable by virtue of the Ontario *Human Rights Code*. The Divisional Court upheld the decision. On a further appeal, the Court of Appeal found that the SBT had the power to declare a provision of the ODSPA inapplicable on the basis that the provision was discriminatory, but that it should have declined to exercise that jurisdiction in favour of a more appropriate forum.

Held (LeBel, Deschamps and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The case is remitted to the SBT for a ruling on the applicability of s. 5(2) of the ODSPA.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Bastarache and Fish JJ.: The SBT had jurisdiction to consider the *Human Rights Code* in determining whether T and W were eligible for support pursuant to the ODSPA. Statutory tribunals empowered to decide questions of law are presumed to have the power to look beyond their enabling statutes in order to apply the whole law to a matter properly before them. Here, the ODSPA and the *Ontario Works Act, 1997* ("OWA") confirm that the SBT can decide questions of law. As a result, when the SBT decides whether an applicant is eligible for income support, it is presumed to be able to consider any legal source that might influence its decision on eligibility, including the Code. [14] [40]

With respect to the Code, there is no indication that the legislature has sought to rebut this presumption. While s. 67(2) of the OWA clearly prohibits the SBT from considering the constitutional validity of laws and regulations, it is equally clear that the legislature chose not to adopt the same prohibition where the Code is concerned. The legislature envisioned constitutional and Code-related issues as being in different "categories of questions of law". It is one thing to preclude a statutory tribunal from invalidating legislation, but it is another to preclude that body from applying legislation enacted by the provincial legislature in order to resolve apparent conflicts between statutes. Two elements of the Code's scheme confirm this legislative intention

T et W ont présenté chacun une demande de soutien en vertu de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées* (« LPOSPH »). Le directeur du programme a rejeté leurs demandes et la révision interne a confirmé sa décision. Le Tribunal de l'aide sociale (« TAS ») a rejeté les appels de T et W en application du par. 5(2) de la LPOSPH, en se fondant sur sa conclusion qu'ils souffraient tous deux d'alcoolisme. En rendant sa décision, le TAS a jugé qu'il n'avait pas compétence pour examiner la question de l'applicabilité du par. 5(2) selon le *Code des droits de la personne* de l'Ontario. La Cour divisionnaire a confirmé sa décision. Saisie à son tour, la Cour d'appel a conclu que le TAS avait le pouvoir de déclarer inapplicable une disposition de la LPOSPH en raison de son caractère discriminatoire, mais qu'il aurait dû décliner compétence en faveur d'une juridiction plus appropriée.

Arrêt (les juges LeBel, Deschamps et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. L'affaire est renvoyée au TAS pour qu'il se prononce sur la question de l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Bastarache et Fish : Le TAS avait compétence pour examiner le *Code des droits de la personne* lorsqu'il s'est agi de décider si T et W étaient admissibles au soutien prévu par la LPOSPH. Les tribunaux administratifs créés par une loi qui sont investis du pouvoir de trancher les questions de droit sont présumés avoir le pouvoir d'aller au-delà de leurs lois habilitantes pour appliquer l'ensemble du droit à une affaire dont ils sont dûment saisis. En l'espèce, la LPOSPH et la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail* (« LPOT ») apportent la confirmation que le TAS a le pouvoir statuer sur des questions de droit. Par conséquent, lorsqu'il détermine si le demandeur est admissible au soutien du revenu, il est présumé être en mesure d'examiner toute source juridique susceptible d'influer sur sa décision quant à l'admissibilité, y compris le Code. [14] [40]

Pour ce qui est du Code, rien n'indique que le législateur a voulu réfuter cette présomption. S'il est vrai que le par. 67(2) de la LPOT clairement interdit au TAS d'examiner la constitutionnalité des lois et règlements, lé législateur a aussi clairement choisi de ne pas faire appel à la même interdiction en ce qui concerne le Code. Il a prévu que les questions constitutionnelles et les questions relatives au Code relèvent de « catégories de questions de droit différentes ». C'est une chose d'empêcher un tribunal administratif créé par une loi d'invalider une disposition législative, c'en est une autre de l'empêcher d'appliquer une loi que le législateur provincial a édictée pour résoudre des conflits apparents entre des lois. Deux éléments du régime législatif dans lequel

to differentiate the Code from the Constitution and to confer on the SBT the jurisdiction to apply the Code. First, the Code has primacy over other legislative enactments, and the legislature has given itself clear directions as to how this primacy can be eliminated in particular circumstances (s. 47(2)). Since, in the cases of the ODSPA and the OWA, the legislature did not follow the procedure it declared mandatory for overruling the primacy of the Code, it would be contrary to the legislature's intention to demand that the SBT ignore the Code. Second, in light of recent amendments that have removed exclusive jurisdiction over the interpretation and application of the Code from the Ontario Human Rights Commission and as a result of which the Commission may decline jurisdiction where an issue would best be adjudicated pursuant to another Act, it would not be appropriate to seek to restore the Commission's exclusive jurisdiction. [31-42]

Since the SBT has not been granted the authority to decline jurisdiction, it cannot avoid considering the issues relating to the Code in these cases. Moreover, although this is not determinative, the SBT is the most appropriate forum to decide those issues. The applicability of s. 5(2) of the ODSPA is best decided by the SBT because the SBT is practically unavoidable for vulnerable applicants who have been denied financial assistance under the ODSPA. Such applicants merit prompt, final and binding resolutions for their disputes. Where an issue is properly before a tribunal pursuant to a statutory appeal, and especially where a vulnerable applicant is advancing arguments in defence of his human rights, it would be rare for this tribunal not to be the one most appropriate to hear the entire dispute. [43-50]

Per LeBel, Deschamps and Abella JJ. (dissenting): While the Ontario Human Rights Commission no longer has exclusive jurisdiction to decide complaints under the *Human Rights Code*, and while the Code has primacy over other provincial enactments, not all provincial tribunals have free-standing jurisdiction, concurrent with that of the Commission, to enforce the Code in a way that nullifies a provision. Here, although the SBT is not precluded from applying the human rights values and principles found in the Code, it does not have jurisdiction to apply the Code in a way that renders a provision inoperable. By enacting s. 67(2) of the OWA, which prohibits the SBT from considering the constitutional validity of any enactment or the legislative authority for a regulation, the legislature unequivocally expressed

s'inscrit le Code confirment l'intention du législateur de différencier le Code de la Constitution et de conférer au TAS le pouvoir d'appliquer le Code. Premièrement, le Code a la primauté sur les autres textes législatifs, et le législateur a donné lui-même des indications claires quant à la façon d'écarter cette primauté dans certaines circonstances (par. 47(2)). Étant donné que, dans le cas de la LPOSPH et de la LPOT, le législateur n'a pas suivi la procédure qu'il a déclarée obligatoire pour passer outre à la primauté du Code, il serait contraire à son intention d'exiger que le TAS fasse abstraction du Code. Deuxièmement, compte tenu des modifications récentes par lesquelles le législateur a retiré à la Commission ontarienne des droits de la personne la compétence exclusive en matière d'interprétation et d'application du Code et à la suite desquelles la Commission peut décliner compétence dans les cas où la question serait mieux tranchée en vertu d'une autre loi, il ne convient pas de chercher à rétablir la compétence exclusive de la Commission. [31-42]

Le TAS n'ayant pas été investi du pouvoir de décliner compétence, il ne peut éviter d'examiner les questions relatives au Code soulevées dans les présentes affaires. Par ailleurs, même si cela n'est pas déterminant, le TAS est la juridiction la plus appropriée pour statuer sur ces questions. Il est le mieux placé pour se prononcer sur la question de l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH parce qu'il est presque impossible pour les demandeurs vulnérables qui se sont vu refuser un soutien financier en vertu de la LPOSPH de l'éviter. Ces demandeurs méritent un règlement rapide, définitif et exécutoire de leurs conflits. Lorsqu'un tribunal administratif est dûment saisi d'une question par suite de l'exercice d'un droit d'appel prévu par la loi et surtout lorsqu'un appelant vulnérable fait valoir des arguments pour défendre ses droits de la personne, il est rare que ce tribunal ne soit pas le mieux placé pour connaître de l'ensemble du différend. [43-50]

Les juges LeBel, Deschamps et Abella (dissidents) : Il est vrai que la Commission ontarienne des droits de la personne n'a plus compétence exclusive pour connaître des plaintes fondées sur le *Code des droits de la personne* et que le Code prévaut sur les autres textes législatifs provinciaux, mais ce ne sont pas tous les tribunaux administratifs provinciaux qui ont, concurremment avec la Commission, une compétence autonome pour appliquer le Code d'une manière qui annule une disposition. Ici, même s'il ne lui est pas interdit d'appliquer les valeurs et principes en matière de droits de la personne contenus dans le Code, le TAS n'a pas compétence pour appliquer le Code de manière à rendre une disposition inopérante. En édictant le par. 67(2) de la LPOT, qui interdit au

its intent that the SBT not hear and decide legal issues that may result in the inoperability of a provision. Even though s. 67(2) refers to constitutional validity, but not to compliance with the Code, their remedial and conceptual similarities are such that the legislature has, by clear implication, withdrawn the authority to grant the remedy of inoperability under either mandate. [85] [93-97]

Practical considerations also indicate the legislature's intention that the SBT not consider legal questions that go to the validity of its enabling statute. In light of their institutional characteristics, it was deemed inappropriate for either the Director or the SBT to decide such complex, time-consuming legal issues as the operability of a provision. The Director does not hold hearings or receive evidence beyond that filed by an applicant, and the SBT's hearings are informal, private, and brief. The SBT is meant to be an efficient, effective, and quick process, and imposing such Code compliance hearings on it will inevitably have an impact on its ability to assist the disabled community in a timely way. [86-91]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, [2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Zurich Insurance Co. v.*

TAS d'examiner la constitutionnalité d'un texte de loi ou l'autorisation législative de prendre un règlement, le législateur a exprimé clairement son intention de ne pas permettre au TAS d'entendre et de trancher des questions juridiques pouvant entraîner l'inapplicabilité d'une disposition. Même si le par. 67(2) mentionne la constitutionnalité et non la conformité au Code, la ressemblance entre ces deux textes sur le plan de la réparation et du concept est telle que le législateur a, forcément, retiré le pouvoir d'accorder la réparation de l'inapplicabilité en vertu de l'un ou l'autre des mandats. [85] [93-97]

Des considérations pratiques indiquent également l'intention du législateur de ne pas laisser le TAS examiner des questions juridiques mettant en cause l'applicabilité de sa loi habilitante. Compte tenu de leurs caractéristiques institutionnelles, ni le directeur ni le TAS n'ont été considérés comme étant compétents pour trancher des questions juridiques aussi complexes et chronophages que la question de l'applicabilité d'une disposition. Le directeur ne tient pas d'audiences et ne reçoit pas d'éléments de preuve outre ceux déposés par le demandeur, et les audiences du TAS sont informelles, privées et brèves. Le TAS se veut un processus efficient, efficace et rapide, et lui imposer la tenue d'audiences sur le respect du Code influera inévitablement sur sa capacité d'aider les personnes handicapées en temps opportun. [86-91]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *Québec (Commission des droits*

Ontario (Human Rights Commission), [1992] 2 S.C.R. 321.

By Abella J. (dissenting)

Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 106.
Fire Protection and Prevention Act, 1997, S.O. 1997, c. 4, s. 53(9)(j).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, ss. 1, 34, 36, 47.
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).
O. Reg. 134/98, ss. 41(1), 42(2)2.
O. Reg. 222/98, ss. 30(1)1, 31(2)2.
Ontario Disability Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, ss. 1, 4, 5, 11, 21, 22, 23(1), (10), 26(1), (3), 28, 29(3), 31(1), 37(3), 38.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, s. 14*b*(6) [ad. 1971, c. 50 (Supp.), s. 63].
Ontario Works Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 1, 7(4)(b), 67(2).
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22.

Authors Cited

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 19A, 2nd Sess., 36th Parl., June 2, 1998, p. 971.
Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 222B, 1st Sess., 36th Parl., September 2, 1997, p. 11708.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Labrosse, Weiler and Charron JJ.A.) (2004), 72 O.R. (3d) 457, 244 D.L.R. (4th) 118, 190 O.A.C. 108, [2004] O.J. No. 3724 (QL), affirming

de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général), [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 1, 34, 36, 47.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(12)j).
Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie, L.O. 1997, ch. 4, art. 53(9)j).
Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, art. 1, 4, 5, 11, 21, 22, 23(1), (10), 26(1), (3), 28, 29(3), 31(1), 37(3), 38.
Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, art. 1, 7(4)b), 67(2).
Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 106.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, ch. 318, art. 14*b*(6) [aj. 1971, ch. 50 (suppl.), art. 63].
Règl. de l'Ont. 134/98, art. 41(1), 42(2)2.
Règl. de l'Ont. 222/98, art. 30(1)1, 31(2)2.

Doctrine citée

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 19A, 2e sess., 36e lég., 2 juin 1998, p. 971.
Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 222B, 1re sess., 36e lég., 2 septembre 1997, p. 11708.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Labrosse, Weiler et Charron) (2004), 72 O.R. (3d) 457, 244 D.L.R. (4th) 118, 190 O.A.C. 108, [2004] O.J. No. 3724 (QL), qui

a decision of the Divisional Court (Then, Cameron and Desotti JJ.), [2003] O.J. No. 1409 (QL). Appeal allowed, LeBel, Deschamps and Abella JJ. dissenting.

Peter J. Chapin, *Terence Copes* and *Grace Kurke*, for the appellants.

Rebecca J. Givens and *Janet E. Minor*, for the respondent.

R. Daniel Pagowski and *Leslie A. Reaume*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Cathy Pike and *Hart Schwartz*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Katherine Laird and *Toby Young*, for the intervener the Advocacy Centre for Tenants Ontario.

Marie Chen and *Royland Moriah*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Lesli Bisgould and *Dianne Wintermute*, for the intervener the Empowerment Council — Centre for Addiction and Mental Health.

Jeff G. Cowan and *M. Jill Dougherty*, for the intervener the Social Benefits Tribunal.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Fish JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

1 Is the Social Benefits Tribunal ("SBT"), a provincially created statutory tribunal, obligated to follow provincial human rights legislation in rendering its decisions? That is the question raised by this appeal.

2 The roots of this dispute can be traced back to November 1998 and July 1999, when the appellants

a confirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Then, Cameron et Desotti), [2003] O.J. No. 1409 (QL). Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Deschamps et Abella sont dissidents.

Peter J. Chapin, *Terence Copes* et *Grace Kurke*, pour les appelants.

Rebecca J. Givens et *Janet E. Minor*, pour l'intimé.

R. Daniel Pagowski et *Leslie A. Reaume*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Cathy Pike et *Hart Schwartz*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Katherine Laird et *Toby Young*, pour l'intervenant le Centre ontarien de défense des droits des locataires.

Marie Chen et *Royland Moriah*, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Lesli Bisgould et *Dianne Wintermute*, pour l'intervenant le Conseil d'autonomie des clients — Centre de toxicomanie et de santé mentale.

Jeff G. Cowan et *M. Jill Dougherty*, pour l'intervenant le Tribunal de l'aide sociale.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie et Fish rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le Tribunal de l'aide sociale (« TAS »), créé par une loi provinciale, est-il tenu de suivre les lois provinciales relatives aux droits de la personne pour rendre ses décisions? C'est la question soulevée en l'espèce.

Les origines des présents différends remontent à novembre 1998 et à juillet 1999, dates auxquelles

Robert Tranchemontagne and Norman Werbeski respectively applied to the Director of the Ontario Disability Support Program ("Director") for support pursuant to the *Ontario Disability Support Program Act, 1997*, S.O. 1997, c. 25, Sch. B ("ODSPA"). If successful, the appellants would have received financial assistance in order to help them cope with their substantial impairments. If unsuccessful, the appellants would be left to apply for the appreciably lower levels of assistance offered pursuant to the *Ontario Works Act, 1997*, S.O. 1997, c. 25, Sch. A ("OWA").

It is clear that the ODSPA and the OWA are meant to serve very different goals. The former statute is meant to ensure support for disabled applicants, recognizing that the government shares in the responsibility of providing such support (ODSPA, s. 1). The latter statute, on the other hand, seeks to provide only temporary assistance premised on the concept of individual responsibility (OWA, s. 1). The divergent purposes of these two statutes was alluded to by the Honourable Janet Ecker, the Ontario Minister of Community and Social Services, on the day after the ODSPA was proclaimed:

> This new program removes people with disabilities from the welfare system, where they should never have been in the first place, and it creates for them an entirely separate system of income support. . . .

(Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 19A, June 2, 1998, at p. 971)

The Director determined that the appellants were not entitled to benefits under the ODSPA regime. Following the procedure set out in the ODSPA, the appellants requested an internal review of the Director's decision. Rejected at this stage as well, the appellants then appealed to the intervener SBT.

The rulings of the SBT in the appellants' individual appeals were rendered on February 7, 2001, for the appellant Werbeski, and September 18, 2001,

les appelants, Robert Tranchemontagne et Norman Werbeski, ont respectivement présenté au directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (le « directeur ») une demande de soutien en vertu de la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, ch. 25, ann. B (« LPOSPH »). S'ils avaient eu gain de cause, les appelants auraient reçu une aide financière leur permettant de mieux vivre leurs déficiences importantes. Sinon, il ne leur resterait plus qu'à demander l'aide, beaucoup moins importante, offerte en vertu de la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail*, L.O. 1997, ch. 25, ann. A (« LPOT »).

3 Il est clair que la LPOSPH et la LPOT visent des buts très différents. La première loi a pour objet de fournir un soutien aux demandeurs handicapés, reconnaissant que le gouvernement partage la responsabilité de fournir un tel soutien (LPOSPH, art. 1). La deuxième loi, quant à elle, ne vise qu'à fournir une aide provisoire reposant sur le principe de la reconnaissance de la responsabilité individuelle (LPOT, art. 1). Au lendemain de la promulgation de la LPOSPH, la ministre ontarienne des Services sociaux et communautaires, l'honorable Janet Ecker, a fait allusion aux objets divergents de ces deux lois :

> [TRADUCTION] Ce nouveau programme retire les personnes handicapées du système d'aide sociale, dont elles n'auraient jamais dû faire partie de toute façon, et met en place, à leur intention, un système de soutien du revenu entièrement distinct. . .

(Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, nº 19A, 2 juin 1998, p. 971)

4 Le directeur a décidé que les appelants n'avaient pas droit aux prestations prévues par le régime de la LPOSPH. Suivant la procédure énoncée dans la LPOSPH, ils ont demandé une révision interne de la décision du directeur. Déboutés à cette étape également, ils ont alors interjeté appel devant l'intervenant le TAS.

5 Le TAS a rendu sa décision le 7 février 2001 quant à l'appel de M. Werbeski et le 18 septembre 2001 quant à celui de M. Tranchemontagne. Dans

for the appellant Tranchemontagne. In both decisions, the SBT found that the appellants suffered from alcoholism. The SBT held alcoholism to be a "disabling condition", in the case of the appellant Tranchemontagne, and a "substantial impairment" that "substantially restricts" working ability, in the case of the appellant Werbeski. The SBT dismissed both appellants' appeals.

6 The SBT based its decisions on s. 5(2) of the ODSPA. That section provides:

> **5.** . . .
>
> (2) A person is not eligible for income support if,
>
> (a) the person is dependent on or addicted to alcohol, a drug or some other chemically active substance;
>
> (b) the alcohol, drug or other substance has not been authorized by prescription as provided for in the regulations; and
>
> (c) the only substantial restriction in activities of daily living is attributable to the use or cessation of use of the alcohol, drug or other substance at the time of determining or reviewing eligibility.

7 The appellants do not dispute that, if applicable, s. 5(2) functions to deny them support on the basis of their alcoholism. In front of the SBT, they each argued that they had impairments other than alcoholism; these arguments were rejected and the SBT's findings have not been appealed to this Court. But the appellants also argued that s. 5(2) was inapplicable by virtue of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 ("Code"). By purporting to refuse them support on the basis of their alcoholism, which the appellants assert is a disability within the meaning of the Code, the appellants argued that s. 5(2) of the ODSPA constituted discrimination and was therefore inapplicable because of the primacy of the Code over other legislation.

8 Instead of analyzing this argument, the SBT held that it did not have the jurisdiction to consider the applicability of s. 5(2) pursuant to the Code. The

les deux décisions, il a conclu que les appelants souffraient d'alcoolisme. Il a qualifié l'alcoolisme d'[TRADUCTION] « affection invalidante » dans le cas de M. Tranchemontagne et de [TRADUCTION] « déficience importante » qui [TRADUCTION] « limite considérablement » la capacité de travailler dans le cas de M. Werbeski. Il a rejeté les deux appels.

Le TAS a fondé ses décisions sur le par. 5(2) de la LPOSPH. Cette disposition prévoit :

> **5.** . . .
>
> (2) Une personne n'est pas admissible au soutien du revenu si les conditions suivantes sont réunies :
>
> a) la personne a développé une dépendance ou une accoutumance à l'égard de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active;
>
> b) l'alcool, la drogue ou l'autre substance n'a pas été autorisé par ordonnance, selon ce que prévoient les règlements;
>
> c) la seule limitation importante de ses activités de la vie quotidienne est attribuable à l'utilisation ou à la cessation de l'utilisation de l'alcool, de la drogue ou de l'autre substance au moment de déterminer ou de réviser l'admissibilité.

Les appelants ne contestent pas que le par. 5(2), s'il est applicable, permette de leur refuser un soutien en raison de leur alcoolisme. Devant le TAS, ils ont tous deux fait valoir qu'ils avaient d'autres déficiences que l'alcoolisme; ces arguments ont été rejetés et les conclusions du TAS n'ont pas été portées en appel devant la Cour. Mais les appelants ont également soutenu que le par. 5(2) était inapplicable en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (« Code »). Ils ont affirmé qu'en visant à leur refuser un soutien du fait de leur alcoolisme, qui constitue, selon eux, un handicap au sens du Code, le par. 5(2) de la LPOSPH établissait une discrimination et était donc inapplicable en raison de la primauté du Code sur toute autre loi.

Au lieu d'analyser cet argument, le TAS a conclu qu'il n'avait pas compétence pour examiner la question de l'applicabilité du par. 5(2) selon

appellants' appeals were therefore dismissed without the benefit of a ruling that their treatment was not discriminatory.

Their cases now joined, the appellants appealed to the Divisional Court. In brief oral reasons, the bench of Then, Cameron and Desotti JJ. agreed with the SBT that the authority to consider the Code could not be found in its enabling statutes ([2003] O.J. No. 1409 (QL), at para. 3). The appellants then appealed to the Ontario Court of Appeal.

On behalf of a unanimous bench, Weiler J.A. examined the ODSPA and OWA in detail. She concluded that the legislature did not remove jurisdiction to consider the Code from the SBT, and that accordingly the SBT possessed the power to declare a provision of the ODSPA inapplicable by virtue of its discriminatory nature ((2004), 72 O.R. (3d) 457, at paras. 58-59 and 62). However, Weiler J.A. then went on to consider whether the SBT should have declined to exercise its Code jurisdiction in the present appeal. She held that the SBT was not the most appropriate forum in which the Code issue could be decided, leading her to ultimately dismiss the appeal (para. 70).

The substance of the appellants' argument before the SBT is not at issue before this Court. Since the appeal is allowed, this issue will be remitted to the SBT. In the event the appeal would have been dismissed, the appellants would have pursued a judicial review application, which is presently being held in abeyance before the Divisional Court. It is thus not for this Court to consider whether s. 5(2) of the ODSPA conflicts with the Code. Rather, this Court is only concerned with the SBT's decision that it could not decide these issues for itself.

It has been almost five years since the appellants' applications were denied by the Director. During this time, the appellants have not received any disability support pursuant to the ODSPA. If the appellants are ultimately successful in their substantive claims, no amount of interest could negate the fact

le Code. Les appelants ont donc vu leurs appels rejetés sans pouvoir bénéficier d'une décision portant qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'un traitement discriminatoire.

9 Après jonction de leurs causes, les appelants ont interjeté appel devant la Cour divisionnaire. Dans de brefs motifs exposés à l'audience, la cour, alors composée des juges Then, Cameron et Desotti, a convenu avec le TAS que ses lois habilitantes ne lui conféraient pas le pouvoir d'examiner le Code ([2003] O.J. No. 1409 (QL), par. 3). Les appelants se sont ensuite pourvus en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

10 Rédigeant le jugement unanime de la cour, la juge Weiler a étudié en détail la LPOSPH et la LPOT. Elle a conclu que le législateur n'avait pas retiré au TAS la compétence pour examiner le Code et que le TAS avait donc le pouvoir de déclarer inapplicable une disposition de la LPOSPH en raison de son caractère discriminatoire ((2004), 72 O.R. (3d) 457, par. 58-59 et 62). Toutefois, la juge Weiler a ensuite examiné la question de savoir si le TAS aurait dû, en l'espèce, refuser d'exercer sa compétence relative au Code. Elle a estimé qu'il n'était pas le mieux placé pour décider des questions relatives au Code, ce qui l'a finalement amenée à rejeter les appels (par. 70).

11 L'essentiel de l'argument invoqué par les appelants devant le TAS n'est pas en cause devant la Cour. Le présent pourvoi étant accueilli, cette question sera renvoyée au TAS. S'il avait été rejeté, les appelants auraient poursuivi leur demande de contrôle judiciaire, laquelle est actuellement en suspens devant la Cour divisionnaire. Il n'appartient donc pas à la Cour de se demander si le par. 5(2) de la LPOSPH entre en conflit avec le Code. La Cour s'occupe plutôt uniquement de la décision du TAS qu'il ne pouvait lui-même trancher ces questions.

12 Il s'est écoulé près de cinq ans depuis que les demandes des appelants ont été rejetées par le directeur. Pendant cette période, les appelants n'ont bénéficié d'aucun soutien prévu par la LPOSPH. S'ils obtiennent finalement gain de cause quant au fond, aucun octroi de dommages-intérêts ne

that they have lived the past five years without the assistance they were owed. Accordingly, much argument before this Court centred on concerns as to the vulnerability of the appellants and their need to have their appeals settled fully by the SBT. Nevertheless, these concerns must be tempered by the importance of the efficient operation of the SBT more generally, lest other applicants suffer needlessly while waiting for the results of their appeals. Ultimately, however, this appeal is not decided by matters of practicality for applicants or matters of expediency for administrative tribunals. It is decided by following the statutory scheme enacted by the legislature.

changera rien au fait qu'ils ont vécu les cinq dernières années sans bénéficier de l'aide à laquelle ils avaient droit. C'est ainsi que les arguments présentés devant la Cour portaient principalement sur les craintes concernant la vulnérabilité des appelants et la nécessité pour eux d'obtenir la résolution complète de leurs appels par le TAS. Il faut toutefois tempérer ces craintes par l'importance d'assurer le bon fonctionnement du TAS d'une manière plus générale, de peur que d'autres demandeurs ne souffrent inutilement en attendant l'issue de leur appel. Au bout du compte, cependant, le présent pourvoi ne doit pas être tranché en fonction de considérations pratiques du point de vue des appelants, ni en fonction de raisons de commodité pour les tribunaux administratifs. Il doit être tranché selon le système législatif mis en place par le législateur.

13 The Code is fundamental law. The Ontario legislature affirmed the primacy of the Code in the law itself, as applicable both to private citizens and public bodies. Further, the adjudication of Code issues is no longer confined to the exclusive domain of the intervener the Ontario Human Rights Commission ("OHRC"): s. 34 of the Code. The legislature has thus contemplated that this fundamental law could be applied by other administrative bodies and has amended the Code accordingly.

Le Code est une loi fondamentale. Le législateur ontarien a confirmé la primauté du Code, dans la loi elle-même, précisant qu'il s'applique tant aux simples citoyens qu'aux organismes publics. D'ailleurs, la résolution des questions relatives au Code n'est plus du ressort exclusif de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne (« CODP ») : art. 34 du Code. Le législateur a donc envisagé la possibilité que cette loi fondamentale soit appliquée par d'autres organismes administratifs et a modifié le Code en conséquence.

14 The laudatory goals of the Code are not well served by reading in limitations to its application. It is settled law that statutory tribunals empowered to decide questions of law are presumed to have the power to look beyond their enabling statutes in order to apply the whole law to a matter properly in front of them. By applying this principle to the present appeal, it becomes clear that the SBT had the jurisdiction to consider the Code in determining whether the appellants were eligible for support pursuant to the ODSPA. At that point, the SBT had the responsibility of applying the Code in order to render a decision that reflected the whole law of the province.

Ce n'est pas favoriser l'atteinte des objectifs louables du Code que d'imposer, par interprétation, des limites à son application. Il est bien établi en droit que les tribunaux administratifs créés par une loi qui sont investis du pouvoir de trancher les questions de droit sont présumés avoir le pouvoir d'aller au-delà de leurs lois habilitantes pour appliquer l'ensemble du droit à une affaire dont ils sont dûment saisis. Si on applique ce principe au présent pourvoi, le TAS avait manifestement compétence pour examiner le Code lorsqu'il s'est agi de décider si les appelants étaient admissibles au soutien prévu par la LPOSPH. À ce moment-là, le TAS était tenu d'appliquer le Code afin de rendre une décision qui reflétait l'ensemble du droit de la province.

2. Issues

This appeal raises two issues:

(1) Does the SBT have the jurisdiction to consider the Code in rendering its decisions?

(2) If the answer to the first question is "yes", should the SBT have declined to exercise its jurisdiction in the present cases?

3. Analysis

3.1 *Does the SBT Have the Jurisdiction to Consider the Code?*

Statutory tribunals like the SBT do not enjoy any inherent jurisdiction. It is therefore necessary to examine the enabling statutes of the SBT in order to determine what powers it possesses: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 33; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at p. 14; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 595. For the SBT, the relevant statutes are the ODSPA and the OWA. In the context of the present appeal, however, the legislative scheme surrounding the Code cannot be ignored. The enabling statutes and the Code will all be considered in turn.

3.1.1 The ODSPA and the OWA

The ODSPA and the OWA are twin components of the Ontario government's scheme for delivering social assistance to deserving applicants. The ODSPA deals with disabled applicants, while the OWA provides assistance for eligible applicants who are not disabled. Reference can be made to the opening sections of each statute in order to discern the policy differences between the two. Section 1 of the ODPSA reads:

1. [Purpose of Act] The purpose of this Act is to establish a program that,

2. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions : 15

(1) Le TAS a-t-il compétence pour examiner le Code au moment de rendre ses décisions?

(2) Dans l'affirmative, le TAS aurait-il dû décliner compétence dans les présentes affaires?

3. Analyse

3.1 *Le TAS a-t-il compétence pour examiner le Code?*

16 Les tribunaux administratifs créés par une loi, comme le TAS, ne possèdent aucune compétence inhérente. Il est donc nécessaire d'examiner les lois habilitantes du TAS pour déterminer ses pouvoirs : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 33; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 14; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 595. Les lois pertinentes en ce qui concerne le TAS sont la LPOSPH et la LPOT. Dans le contexte du présent pourvoi, cependant, on ne peut faire abstraction du régime législatif dans lequel s'inscrit le Code. Les lois habilitantes et le Code seront tous examinés à tour de rôle.

3.1.1 La LPOSPH et la LPOT

17 La LPOSPH et la LPOT sont des composantes jumelles du système que le gouvernement ontarien a mis en place pour fournir une aide sociale aux demandeurs qui le méritent. La LPOSPH s'occupe des demandeurs handicapés, alors que la LPOT vient en aide aux demandeurs admissibles qui ne souffrent d'aucun handicap. Pour saisir les différences de politique qui existent entre ces deux lois, il peut être utile de citer les dispositions introductives de chacune d'elles. Voici le texte de l'art. 1 de la LPOSPH :

1. [Objet de la Loi] La présente loi a pour objet de créer un programme qui :

(a) provides income and employment supports to eligible persons with disabilities;

(b) recognizes that government, communities, families and individuals share responsibility for providing such supports;

(c) effectively serves persons with disabilities who need assistance; and

(d) is accountable to the taxpayers of Ontario.

Section 1 of the OWA reads:

1. [Purpose of Act] The purpose of this Act is to establish a program that,

(a) recognizes individual responsibility and promotes self reliance through employment;

(b) provides temporary financial assistance to those most in need while they satisfy obligations to become and stay employed;

(c) effectively serves people needing assistance; and

(d) is accountable to the taxpayers of Ontario.

18 As mentioned above, the levels of support also vary greatly between the two regimes. For instance, the amount payable for basic needs for a single recipient with no dependents, pursuant to the OWA, is $201 per month (O. Reg. 134/98, s. 41(1)). The comparable figure for the ODSPA regime is $532 per month (O. Reg. 222/98, s. 30(1)1). The single shelter allowance under the OWA is $335 (O. Reg. 134/98, s. 42(2)2), while the comparable ODSPA figure is $427 (O. Reg. 222/98, s. 31(2)2). The provision of assistance under the OWA may also be subject to conditions, like participating in employment measures: s. 7(4)(b).

19 The ODSPA provides a detailed framework for the handling of a disability benefits application. The Director receives applications for income support:

a) fournit un soutien du revenu et un soutien de l'emploi aux personnes handicapées admissibles;

b) reconnaît que le gouvernement, les collectivités, les familles et les particuliers partagent la responsabilité de fournir de telles formes de soutien;

c) sert efficacement les personnes handicapées qui ont besoin d'aide;

d) comprend l'obligation de rendre de compte aux contribuables de l'Ontario.

Voici le texte de l'art. 1 de la LPOT :

1. [Objet de la Loi] La présente loi a pour objet de créer un programme qui :

a) reconnaît la responsabilité individuelle et favorise l'autonomie par l'emploi;

b) fournit une aide financière provisoire à ceux qui sont le plus dans le besoin pendant qu'ils satisfont des obligations en vue de se faire employer et de le rester;

c) sert efficacement les personnes qui ont besoin d'aide;

d) comprend l'obligation de rendre compte aux contribuables de l'Ontario.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'aide accordée varie également beaucoup d'un régime à l'autre. Par exemple, selon la LPOT, la somme payable au titre des besoins essentiels pour un bénéficiaire seul qui n'a pas de personnes à charge est de 201 $ par mois (Règl. de l'Ont. 134/98, par. 41(1)). Sous le régime de la LPOSPH, cette somme est de 532 $ par mois (Règl. de l'Ont. 222/98, par. 30(1)1). Selon la LPOT, l'allocation de logement pour une personne seule est de 335 $ (Règl. de l'Ont. 134/98, par. 42(2)2), alors qu'elle est de 427 $ en vertu de la LPOSPH (Règl. de l'Ont. 222/98, par. 31(2)2). L'aide prévue par la LPOT peut aussi être assortie de conditions, comme celle de participer à des mesures d'emploi : al. 7(4)b).

La LPOSPH fournit un cadre détaillé pour le traitement des demandes de prestations d'invalidité. Le directeur reçoit les demandes de soutien du

s. 38(a). Whether a person is disabled is decided through reference to ss. 4 and 5 of the ODSPA:

4. (1) [Person with a disability] A person is a person with a disability for the purposes of this Part if,

(a) the person has a substantial physical or mental impairment that is continuous or recurrent and expected to last one year or more;

(b) the direct and cumulative effect of the impairment on the person's ability to attend to his or her personal care, function in the community and function in a workplace, results in a substantial restriction in one or more of these activities of daily living; and

(c) the impairment and its likely duration and the restriction in the person's activities of daily living have been verified by a person with the prescribed qualifications.

(2) [Determination] A determination under this section shall be made by a person appointed by the Director.

5. (1) [Eligibility for income support] No person is eligible for income support unless,

(a) the person qualifies under subsection 3 (1);

(b) the person is resident in Ontario;

(c) the budgetary requirements of the person and any dependants exceed their income and their assets do not exceed the prescribed limits, as provided for in the regulations;

(d) the person and the prescribed dependants provide the information and the verification of information required to determine eligibility including,

(i) information regarding personal identification, as prescribed,

(ii) financial information, as prescribed, and

(iii) any other prescribed information; and

(e) the person and any dependants meet any other prescribed conditions relating to eligibility.

revenu : al. 38a). On tranche la question de savoir si une personne est handicapée en se reportant aux art. 4 et 5 de la LPOSPH :

4. (1) [Personnes handicapées] Est une personne handicapée pour l'application de la présente partie la personne qui satisfait aux conditions suivantes :

a) elle a une déficience physique ou mentale importante qui est continue ou récurrente et dont la durée prévue est d'au moins un an;

b) l'effet direct et cumulatif de la déficience sur la capacité de la personne de prendre soin d'elle-même, de fonctionner dans la collectivité et de fonctionner dans un lieu de travail se traduit par une limitation importante d'une ou de plusieurs de ces activités de la vie quotidienne;

c) cette déficience et sa durée probable ainsi que les limites des activités de la vie quotidienne ont été confirmées par une personne qui a les qualités prescrites.

(2) [Décisions] Une décision prévue au présent article est rendue par une personne nommée par le directeur.

5. (1) [Admissibilité au soutien du revenu] Nul n'est admissible au soutien du revenu à moins de satisfaire aux conditions suivantes :

a) la personne répond aux exigences du paragraphe 3 (1);

b) la personne réside en Ontario;

c) les besoins matériels de la personne et de toute personne à charge dépassent leur revenu et leur avoir ne dépasse pas le plafond prescrit, selon ce que prévoient les règlements;

d) la personne et les personnes à charge prescrites fournissent les renseignements et l'attestation de ceux-ci qui sont exigés pour déterminer l'admissibilité, notamment :

(i) les renseignements concernant l'identité, selon ce qui est prescrit,

(ii) les renseignements financiers, selon ce qui est prescrit,

(iii) les autres renseignements prescrits;

e) la personne et toute personne à charge satisfont aux autres conditions prescrites relatives à l'admissibilité.

(2) [Same] A person is not eligible for income support if,

(a) the person is dependent on or addicted to alcohol, a drug or some other chemically active substance;

(b) the alcohol, drug or other substance has not been authorized by prescription as provided for in the regulations; and

(c) the only substantial restriction in activities of daily living is attributable to the use or cessation of use of the alcohol, drug or other substance at the time of determining or reviewing eligibility.

(3) [Same] Subsection (2) does not apply with respect to a person who, in addition to being dependent on or addicted to alcohol, a drug or some other chemically active substance, has a substantial physical or mental impairment, whether or not that impairment is caused by the use of alcohol, a drug or some other chemically active substance.

20 As s. 4(2) makes clear, it is not the Director who personally decides whether a person is disabled within the meaning of s. 4(1). The Director may also allow any of his or her duties to be performed by another under his or her supervision and direction: s. 37(3). However the ultimate determination of eligibility, including the application of s. 5(2), falls within the responsibilities of the Director: s. 38(b). Once an applicant is found to be eligible for support, it is also the Director who determines the amount and directs its provision: s. 38(c).

21 An appeal to the SBT is generally permitted, with the legislature specifying certain exceptional cases where an appeal will not lie: s. 21. But an applicant must request an internal review before appealing to the SBT: s. 22. The internal review need not conform to the *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22: s. 22(4). After the internal review, an applicant can appeal the Director's decision to the SBT: s. 23(1). The onus is on the applicant to satisfy the SBT that the Director is wrong: s. 23(10).

(2) [Idem] Une personne n'est pas admissible au soutien du revenu si les conditions suivantes sont réunies :

a) la personne a développé une dépendance ou une accoutumance à l'égard de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active;

b) l'alcool, la drogue ou l'autre substance n'a pas été autorisé par ordonnance, selon ce que prévoient les règlements;

c) la seule limitation importante de ses activités de la vie quotidienne est attribuable à l'utilisation ou à la cessation de l'utilisation de l'alcool, de la drogue ou de l'autre substance au moment de déterminer ou de réviser l'admissibilité.

(3) [Idem] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard de la personne qui, en plus de sa dépendance ou de son accoutumance à l'égard de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active, a une déficience physique ou mentale importante, que celle-ci soit causée ou non par l'utilisation de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active.

Il ressort clairement du par. 4(2) que ce n'est pas le directeur qui décide personnellement si une personne est handicapée au sens du par. 4(1). Il peut également permettre à une autre personne d'exercer ses fonctions sous sa supervision et sa direction : par. 37(3). La détermination de l'admissibilité, y compris l'application du par. 5(2), fait toutefois partie des responsabilités du directeur : al. 38b). Une fois que l'auteur de la demande est déclaré admissible au soutien, il revient également au directeur d'en déterminer le montant et d'en ordonner la fourniture : al. 38c).

En règle générale, il peut être interjeté appel devant le TAS, sauf dans certains cas exceptionnels prévus par le législateur : art. 21. Mais l'intéressé doit auparavant demander une révision interne : art. 22. Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit conforme à la *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22 : par. 22(4). Après la révision interne, l'auteur de la demande peut porter la décision du directeur en appel devant le TAS : par. 23(1). Il lui incombe de convaincre le TAS que la décision du directeur est erronée : par. 23(10).

I should emphasize at this point that, for an applicant whose application for income support is still denied after the internal review, the SBT is a forum that cannot easily be avoided. It is the SBT that is empowered by the legislature to decide income support appeals binding on the Director: s. 26(3). Given the existence of an appeal to the SBT, it is not at all clear that an applicant could seek judicial review of the Director's decision without first arguing before the SBT: see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paras. 32-38, 112 and 140-53. And while an applicant who is denied benefits for discriminatory reasons may indeed seek recourse through the OHRC, applicants will not always realize that they are victims of discrimination. For instance, in the present appeal, the letters from the Director to the appellants concerning the initial application and the internal review never mention that the appellants' alcoholism was being ignored as a potential basis for disability. The appellants were simply told that they were not found to be persons with a disability. The adjudication summaries of the cases raise the issue of alcoholism, but there is no evidence that these documents were appended to the Director's letters; it would seem they were obtained by the appellants on discovery.

Je dois souligner ici qu'il est difficile pour le demandeur dont la demande de soutien du revenu a encore été rejetée après la révision interne d'éviter le TAS. C'est le TAS que le législateur a investi du pouvoir de rendre, dans les appels en matière de soutien du revenu, des décisions auxquelles le directeur doit donner suite : par. 26(3). Compte tenu de l'existence du droit d'interjeter appel devant le TAS, il n'est pas du tout certain que le demandeur pourrait demander le contrôle judiciaire de la décision du directeur sans avoir d'abord fait valoir ses arguments devant le TAS : voir *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 32-38, 112 et 140-153. Et même si le demandeur qui s'est vu refuser des prestations pour des motifs discriminatoires peut effectivement tenter d'obtenir réparation par l'intermédiaire de la CODP, les demandeurs ne savent pas toujours qu'ils sont victimes de discrimination. Par exemple, dans le présent pourvoi, les lettres du directeur aux appelants concernant tant la demande initiale que la révision interne ne mentionnent nullement qu'on n'a pas tenu compte du fait que le handicap des appelants pouvait être attribuable à leur alcoolisme. On leur a dit simplement qu'ils n'étaient pas considérés comme des personnes handicapées. Les résumés de décisions font état de la question de l'alcoolisme, mais rien n'indique que ces documents ont été annexés aux lettres du directeur; il semble que les appelants les ont obtenus lors de la communication préalable.

22

The ODSPA also provides for an appeal, on questions of law, from the SBT to the Divisional Court: s. 31(1). Such questions of law can routinely arise during the course of the SBT's normal operations: for example, it may need to determine the legal meaning of "substantial physical or mental impairment" under s. 4(1)(a), or even "chemically active substance" under s. 5(2)(a). There is little doubt, therefore, that the SBT is empowered to decide questions of law: see *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55, at para. 41. Important implications flow from this power.

La LPOSPH prévoit également la possibilité d'interjeter appel, sur des questions de droit, des décisions du TAS devant la Cour divisionnaire : par. 31(1). Ces questions de droit peuvent se poser régulièrement dans le cadre normal des activités du TAS : par exemple, il se peut que celui-ci ait à déterminer le sens juridique de « déficience physique ou mentale importante » à l'al. 4(1)a) ou même de « substance chimiquement active » à l'al. 5(2)a). Il fait donc peu de doute que le TAS est investi du pouvoir de trancher des questions de droit : voir *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55, par. 41. Ce pouvoir comporte des implications importantes.

23

24 In *Martin*, this Court repeated the principle that administrative bodies empowered to decide questions of law "may presumptively go beyond the bounds of their enabling statute and decide issues of common law or statutory interpretation that arise in the course of a case properly before them, subject to judicial review on the appropriate standard": see para. 45. I must emphasize that the presumptive power to look beyond a tribunal's enabling statute is triggered simply where a tribunal (with the authority to decide questions of law) is confronted with "issues . . . that arise in the course of a case properly before" it. This can be contrasted with the power to subject a statutory provision to *Charter* scrutiny, which will only be found where the tribunal has jurisdiction to decide questions of law *relating to that specific provision*: see *Martin*, at para. 3.

Dans *Martin*, la Cour a rappelé le principe qu'« on présume que l'organisme administratif [habilité à trancher des questions de droit] peut déborder le cadre de sa loi habilitante et, sous réserve d'un contrôle judiciaire selon la norme applicable, trancher les questions de droit commun ou d'interprétation législative soulevées dans une instance dont il est dûment saisi » : voir par. 45. Je dois souligner que le pouvoir présumé d'un tribunal administratif (investi du pouvoir de trancher des questions de droit) de déborder le cadre de sa loi habilitante entre en jeu simplement lorsque celui-ci est saisi des « questions [. . .] soulevées dans une instance dont il est dûment saisi ». On peut mettre ce pouvoir en contraste avec celui de soumettre une disposition législative à un examen fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'existe que si le tribunal administratif a compétence pour décider des questions de droit *se rapportant à cette disposition précise* : voir *Martin*, par. 3.

25 I must conclude that the contrast in the wording of *Martin* is deliberate. Where a specific provision is being declared invalid, it is necessary to ensure that the tribunal is empowered to scrutinize it. Power to scrutinize other provisions is not sufficient, because the constitutional analysis is targeting one specific provision. But the same does not hold true when a tribunal is merely being asked to consider external sources of law. In such a situation, a specific statutory provision is not necessarily placed at the heart of the analysis; for instance, the tribunal may be asked to look beyond its enabling statute because its enabling statute is silent on an issue. Although consideration of the external source in the present appeal might lead to the inapplicability of a specific provision, this does not imply that the process is analogous to that of constitutional invalidation. When a tribunal is simply asked to apply an external statute, this Court has always focused the analysis on the tribunal's jurisdiction to consider the whole issue before it:

Je dois conclure que le contraste dans le libellé de *Martin* est délibéré. Lorsqu'une disposition précise est déclarée invalide, il faut s'assurer que le tribunal administratif est habilité à l'examiner en détail. Le pouvoir d'examiner en détail d'autres dispositions ne suffit pas, car l'analyse constitutionnelle vise une disposition précise. Toutefois, il en va autrement lorsqu'on demande simplement au tribunal administratif d'examiner des sources juridiques externes. Dans ce cas, l'analyse n'est pas nécessairement centrée sur une disposition législative précise; par exemple, il se peut que le tribunal administratif soit appelé à déborder le cadre de sa loi habilitante parce qu'elle ne prévoit rien sur la question. Même si, en l'espèce, l'examen de la source juridique externe peut aboutir à l'inapplicabilité d'une disposition précise, cela ne signifie pas que le processus soit analogue à celui de l'invalidation constitutionnelle. Lorsqu'un tribunal administratif est simplement invité à appliquer une loi qui n'est pas sa loi habilitante, la Cour a toujours axé l'analyse sur la compétence du tribunal pour ce qui est d'examiner l'ensemble de la question dont il est saisi.

Although the issue before the arbitrator arose by virtue of a grievance under a collective agreement, it became

Bien que la question devant l'arbitre ait été soulevée de par un grief présenté en vertu d'une convention

necessary for him to go outside the collective agreement and to construe and apply a statute which was not a projection of the collective bargaining relations of the parties but a general public enactment of the superior provincial Legislature. [Emphasis added.]

(*McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, at pp. 518-19 (*per* Laskin C.J., concurring))

The presumption that a tribunal can go beyond its enabling statute — unlike the presumption that a tribunal can pronounce on constitutional validity — exists because it is undesirable for a tribunal to limit itself to some of the law while shutting its eyes to the rest of the law. The law is not so easily compartmentalized that all relevant sources on a given issue can be found in the provisions of a tribunal's enabling statute. Accordingly, to limit the tribunal's ability to consider the whole law is to increase the probability that a tribunal will come to a misinformed conclusion. In turn, misinformed conclusions lead to inefficient appeals or, more unfortunately, the denial of justice.

Yet the power to decide questions of law will not always imply the power to apply legal principles beyond the tribunal's enabling legislation. As noted above, statutory creatures are necessarily limited by the boundaries placed upon them by the legislature. Subject to its own constitutional constraints, a legislature may restrict the jurisdiction of its tribunals however it sees fit. The respondent points to two provisions in the ODSPA and OWA to argue that this is precisely what the legislature sought to do with respect to the SBT.

Section 29(3) of the ODSPA provides that the "Tribunal shall not make a decision in an appeal under this Act that the Director would not have authority to make". The respondent suggests that the Director, and the Director's delegates, cannot possibly have the power to use the Code to deny application of the ODSPA, and it therefore

collective, l'arbitre a dû porter son regard au-delà de la convention collective et interpréter et appliquer une loi qui n'était pas une projection des relations de négociation collective des parties mais un texte législatif général d'intérêt public émanant de la législature provinciale supérieure. [Je souligne.]

(*McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, p. 518-519 (motifs concordants du juge en chef Laskin))

26 La présomption qu'un tribunal administratif peut aller au-delà de sa loi habilitante — contrairement à celle qu'il peut se prononcer sur la constitutionnalité — découle du fait qu'il est peu souhaitable qu'un tribunal administratif se limite à l'examen d'une partie du droit et ferme les yeux sur le reste du droit. Le droit n'est pas compartimenté de manière à ce que l'on puisse facilement trouver toutes les sources pertinentes à l'égard d'une question donnée dans les dispositions de la loi habilitante d'un tribunal administratif. Par conséquent, restreindre la capacité d'un tel tribunal d'examiner l'ensemble du droit revient à accroître la probabilité qu'il tire une conclusion erronée. Les conclusions erronées entraînent à leur tour des appels inefficaces ou, pire encore, un déni de justice.

27 Cependant, le pouvoir de trancher des questions de droit ne comporte pas toujours le pouvoir d'appliquer des principes juridiques qui débordent le cadre de la loi habilitante du tribunal administratif. Comme nous l'avons vu, les pouvoirs des créatures de la loi sont forcément assujettis aux limites qui leur sont imposées par le législateur. Sous réserve de ses propres limites constitutionnelles, le législateur peut restreindre la compétence de ses tribunaux administratifs comme il l'entend. L'intimé s'appuie sur deux dispositions de la LPOSPH et de la LPOT pour affirmer que c'est précisément ce que le législateur cherchait à faire dans le cas du TAS.

28 Le paragraphe 29(3) de la LPOSPH prévoit que « [d]ans un appel interjeté en vertu de la présente loi, le Tribunal ne doit pas rendre de décision que le directeur ne serait pas habilité à prendre. » Selon l'intimé, le directeur et ses mandataires ne sauraient être investis du pouvoir de recourir au Code pour refuser d'appliquer la LPOSPH, et il s'ensuit

follows that the SBT does not have this power either. I believe this argument can be dealt with easily.

29 Section 29(3) is not as extreme as the respondent suggests. The section merely states that the SBT cannot make a decision that the Director would not have the authority to make. Thus the SBT could not decide to award an applicant income support in an amount inconsistent with the regulations, because the Director does not have the authority to award income support in an amount inconsistent with the regulations: see s. 11. Yet allowing the Code to inform an eligibility determination can hardly be characterized as a "decision" itself; it is simply a power that the SBT may possess. And the ODSPA does not limit the SBT's *powers* to those possessed by the Director. In fact, the ODSPA itself contemplates powers that the SBT has and the Director does not. For instance, pursuant to s. 38(b), the Director must determine each applicant's eligibility for income support, but s. 28 obliges the SBT to refuse to hear frivolous or vexatious appeals. I conclude that s. 29(3) does not preclude the possibility of the SBT considering the Code.

30 The second provision to which the respondent points in suggesting that the SBT does not have the jurisdiction to consider the Code is s. 67(2) of the OWA. That section provides that the SBT cannot determine the constitutional validity of a provision or regulation and cannot determine the legislative authority for making a regulation. The respondent's argument is thus premised on the notion that scrutiny pursuant to the Code is analogous to the kind of scrutiny explicitly prohibited by s. 67(2). Once again, I cannot agree.

31 The Code emanates from the Ontario legislature. As I will elaborate below, it is one thing to preclude a statutory tribunal from *invalidating* legislation enacted by the legislature that created it. It is completely different to preclude that body from *applying* legislation enacted by that legislature in order to resolve apparent conflicts between statutes. The former power — an act of defying legislative intent — is one that is clearly more offensive to the

donc que le TAS ne possède pas non plus ce pouvoir. Il est facile, selon moi, de mesurer la valeur de cet argument.

Le paragraphe 29(3) n'est pas aussi extrême que l'intimé le laisse entendre. La disposition prévoit simplement que le TAS ne doit pas rendre de décision que le directeur ne serait pas habilité à prendre. Ainsi, le TAS ne pourrait décider d'accorder à un demandeur un soutien du revenu dont le montant n'est pas conforme aux règlements, puisque le directeur n'a pas le pouvoir de le faire : voir art. 11. Toutefois, le fait de permettre que le Code guide la détermination de l'admissibilité ne saurait guère être qualifié de « décision » en soi; il s'agit simplement d'un pouvoir que le TAS peut posséder. La LPOSPH ne limite pas non plus les *pouvoirs* du TAS à ceux que possède le directeur. En fait, la LPOSPH elle-même confère au TAS des pouvoirs que le directeur ne possède pas. Par exemple, selon l'al. 38b), le directeur doit déterminer l'admissibilité de chaque demandeur au soutien du revenu, mais selon l'art. 28, le TAS doit refuser d'entendre les appels qu'il juge frivoles ou vexatoires. J'en conclus que le par. 29(3) n'écarte pas la possibilité pour le TAS d'examiner le Code.

La deuxième disposition sur laquelle l'intimé s'appuie pour affirmer que le TAS n'a pas compétence pour examiner le Code est le par. 67(2) de la LPOT. Cette disposition prévoit que le TAS ne peut se prononcer ni sur la constitutionnalité d'une disposition d'une loi ou d'un règlement, ni sur la compétence législative nécessaire pour prendre un règlement. L'argument de l'intimé repose donc sur l'idée qu'un examen fondé sur le Code ressemble au type d'examen que le par. 67(2) interdit expressément. Encore une fois, je ne suis pas de cet avis.

Le Code émane du législateur ontarien. Comme je l'exposerai dans le détail ci-dessous, c'est une chose d'empêcher un tribunal administratif créé par une loi d'*invalider* une disposition législative adoptée par le législateur qui l'a créé, c'en est une autre de l'empêcher d'*appliquer* une loi que celui-ci a adoptée pour résoudre des conflits apparents entre des lois. Le premier pouvoir — qui passe outre à l'intention du législateur — est manifestement plus

legislature; it should not be surprising, therefore, when the legislature eliminates it. Yet the latter power represents nothing more than an instantiation of legislative intent — a legislative intent, I should note, that includes the primacy of the Code and the concurrent jurisdiction of administrative bodies to apply it.

Thus the argument based on s. 67(2) is defeated because the legislature could not possibly have intended that the Code be denied application by analogy to the Constitution. While it clearly prohibited the SBT from considering the constitutional validity of laws and regulations, it equally clearly chose not to invoke the same prohibition with respect to the Code. In the context of this distinction, I must conclude that the legislature envisioned constitutional and Code issues as being in different "categor[ies] of questions of law", to use the language of *Martin*, at para. 42. Consistent with the human rights regime it crafted, the legislature has afforded the Code the possibility of broad application even while denying the SBT the authority to determine constitutional issues.

3.1.2 The Code

The most important characteristic of the Code for the purposes of this appeal is that it is fundamental, quasi-constitutional law: see *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, at para. 18; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158. Accordingly, it is to be interpreted in a liberal and purposive manner, with a view towards broadly protecting the human rights of those to whom it applies: see *B v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66, at para. 44. And not only must the content of the Code be understood in the context of its purpose, but like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it must be recognized as being the law of the people: see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 70, aff'd in *Martin*, at para. 29, and *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*,

offensant pour celui-ci; il ne faut donc pas s'étonner qu'il l'écarte. Le deuxième pouvoir, quant à lui, n'est rien de plus qu'une instanciation de l'intention du législateur — intention qui, je le rappelle, comporte la primauté du Code et la compétence concurrente d'organismes administratifs pour l'appliquer.

32 L'argument fondé sur le par. 67(2) est donc rejeté parce que le législateur n'a pas pu vouloir que le Code soit privé de son application par analogie avec la Constitution. S'il est vrai que le législateur a clairement interdit au TAS d'examiner la constitutionnalité des lois et règlements, il a aussi clairement choisi de ne pas faire appel à la même interdiction en ce qui concerne le Code. Vu cette distinction, je dois conclure que le législateur a prévu que les questions constitutionnelles et les questions relatives au Code relèvent de « catégorie[s] de questions de droit » différentes, pour reprendre le terme utilisé dans *Martin*, par. 42. Respectant le régime législatif qu'il a établi en matière des droits de la personne, le législateur a permis une application large du Code, même s'il n'accorde pas au TAS le pouvoir de se prononcer sur les questions constitutionnelles.

3.1.2 Le Code

33 La caractéristique la plus importante du Code pour les besoins du présent pourvoi est qu'il s'agit d'une loi fondamentale, quasi constitutionnelle : voir *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, par. 18; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 158. Il faut donc lui donner une interprétation libérale et téléologique, dans le but de protéger largement les droits des personnes visées : voir *B c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66, par. 44. Et non seulement le Code doit s'entendre dans le contexte de son objet, mais il doit aussi, comme la *Charte*, être reconnu comme une loi pour le peuple : voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 70, conf. par *Martin*, par. 29, et *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40 (« *Charette* »),

[2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40 ("*Charette*"), at para. 28. Accordingly, it must not only be given expansive meaning, but also offered accessible application.

34 The importance of the Code is not merely an assertion of this Court. The Ontario legislature has seen fit to bind itself and all its agents through the Code: s. 47(1). Further, it has given the Code primacy over all other legislative enactments: s. 47(2). As a result of this primacy clause, where provisions of the Code conflict with provisions in another provincial law, it is the provisions of the Code that are to apply.

35 This primacy provision has both similarities and differences with s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, which announces the supremacy of the Constitution. In terms of similarities, both provisions function to eliminate the effects of inconsistent legislation. At the end of the day, whether there is a conflict with the Code or the Constitution, the ultimate effect is that the other provision is not followed and, for the purposes of that particular application, it is as if the legislation was never enacted. But in my view, the differences between the two provisions are far more important. A provision declared invalid pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* was never validly enacted to begin with. It never existed as valid law because the legislature enacting it never had the authority to pass it. But when a provision is inapplicable pursuant to s. 47 of the Code, there is no statement being made as to its validity. The legislature had the power to enact the conflicting provision; it just so happens that the legislature also enacted another law that takes precedence.

36 Thus whether a provision is constitutionally permissible, and whether it is consistent with the Code, are two separate questions involving two different kinds of scrutiny. When a tribunal or court applies s. 47 of the Code to render another law inapplicable, it is not "going behind" that law to consider its validity, as it would be if it engaged in the two activities denied the SBT by s. 67(2) of the OWA. It is not declaring that the legislature was wrong

par. 28. Par conséquent, il faut non seulement lui attribuer un sens étendu, mais aussi lui assurer une application accessible.

L'importance du Code n'est pas affirmée que par la Cour. Le législateur ontarien a jugé bon de prévoir que lui et ses mandataires sont liés par le Code : par. 47(1). En outre, il a accordé au Code la primauté sur tous les autres textes législatifs : par. 47(2). Par suite de cette clause de primauté, les dispositions du Code l'emportent sur les dispositions incompatibles d'une autre loi provinciale.

Cette clause de primauté présente des ressemblances et des différences avec l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui proclame la suprématie de la Constitution. Au chapitre des ressemblances, les deux dispositions visent à rendre inopérantes les dispositions législatives incompatibles. Au bout du compte, s'il y a conflit avec le Code ou la Constitution, l'autre disposition n'est pas appliquée et, dans ce cas en particulier, c'est comme si la loi n'avait jamais été édictée. Mais à mon avis, les différences entre les deux dispositions sont beaucoup plus importantes. Tout d'abord, une disposition déclarée invalide sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a jamais été validement adoptée. Elle n'a jamais existé en tant que disposition valide parce que le législateur qui l'a adoptée n'a jamais eu le pouvoir de le faire. Mais lorsqu'une disposition est déclarée inapplicable en vertu du par. 47 du Code, il n'est pas question de sa validité. Le législateur avait le pouvoir d'adopter la disposition incompatible; il se trouve seulement qu'il a également édicté une autre règle de droit qui prévaut.

Ainsi, la question de savoir si une disposition est constitutionnelle et celle de savoir si elle est compatible avec le Code sont deux choses différentes mettant en jeu deux sortes d'analyse. Lorsqu'un tribunal administratif ou judiciaire se fonde sur l'art. 47 du Code pour déclarer une autre règle de droit inapplicable, il ne déborde pas le cadre de cette loi pour en examiner la validité, comme ce serait le cas s'il accomplissait les deux activités auxquelles

to enact it in the first place. Rather, it is simply applying the tie-breaker supplied by, and amended according to the desires of, the legislature itself. The difference between s. 47 of the Code and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is therefore the difference between following legislative intent and overturning legislative intent.

In addition to the formal analogy between s. 47 of the Code and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the respondent purports to invoke a substantive similarity between s. 1 of the Code and s. 15 of the *Charter*. Based on this second comparison, the respondent infers that an issue sufficiently complex to be carved out of the SBT's jurisdiction *qua Charter* issue should also be carved out of the SBT's jurisdiction *qua* Code issue. In my view, this argument is also flawed. Under the respondent's argument, in order for the SBT to determine whether it has jurisdiction over an issue, it must first decide whether that issue could be framed constitutionally. But one cannot deduce a legislative intention to preclude the SBT from dealing with *Charter* issues because of their complexity, yet also conclude that the SBT has been given the responsibility of determining its own jurisdiction on the basis of whether a claim could potentially be argued under the *Charter*. This "is it really a *Charter* question?" analysis would often be as complex as the substantive issue itself; it would demand that the SBT inquire first into the applicability of the *Charter*, and then inquire into the relative advantages and disadvantages of the Code versus the *Charter* in order to ensure it was not disadvantaging an applicant by compelling the applicant to make a constitutional argument. If the legislature feels the first sort of analysis is too complex for the SBT to engage in, I hardly see why it should be inferred that the legislature is inviting the SBT to engage in the second.

Rather, it is most consistent with the legislative scheme surrounding the Code to differentiate the Code from the Constitution and allow the SBT

le TAS ne peut se livrer selon le par. 67(2) de la LPOT. Il ne déclare pas que de toute façon le législateur a eu tort de l'édicter. Au contraire, il applique tout simplement la clause de primauté prévue par le législateur lui-même et modifiée à son gré. La différence entre l'art. 47 du Code et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est donc la différence entre le fait de respecter l'intention du législateur et celui d'y passer outre.

37 En plus d'établir une analogie de forme entre l'art. 47 du Code et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'intimé cherche à s'appuyer sur une similarité de fond entre l'art. 1 du Code et l'art. 15 de la *Charte*. En se fondant sur cette seconde comparaison, il soutient qu'une question suffisamment complexe pour être exclue de la compétence du TAS du fait qu'elle porte sur la *Charte* devrait l'être aussi du fait qu'elle est reliée au Code. À mon avis, cet argument comporte également des lacunes. Selon l'intimé, pour que le TAS puisse déterminer s'il a compétence à l'égard d'une question, il doit d'abord décider si cette question pouvait être formulée sur le plan constitutionnel. Mais on ne peut déduire une intention législative d'empêcher le TAS d'examiner des questions relatives à la *Charte* en raison de leur complexité et conclure en même temps qu'il lui incombe de déterminer sa propre compétence en se demandant si une revendication pouvait faire l'objet d'un débat fondé sur la *Charte*. L'analyse qui consiste à se demander « s'il s'agit vraiment d'une question relative à la *Charte* » se révélerait souvent aussi complexe que la question de fond elle-même; elle nécessiterait que le TAS se penche d'abord sur la question de l'applicabilité de la *Charte*, pour ensuite examiner les avantages et les désavantages relatifs du Code par rapport à la *Charte* afin de s'assurer de ne pas désavantager le demandeur en l'obligeant à présenter un argument constitutionnel. Si le législateur estime que le premier type d'analyse est trop complexe pour le TAS, je vois difficilement comment on pourrait conclure qu'il invite le TAS à se livrer au deuxième type d'analyse.

38 Il est, au contraire, tout à fait compatible avec le régime législatif dans lequel s'inscrit le Code de le différencier de la Constitution et de permettre au

to consider the former. Two elements of the Code regime, in addition to those discussed under the ODSPA and OWA, confirm this legislative intention. The first is found at s. 47(2). This section provides not simply that the Code takes primacy over other legislative enactments, but that this primacy applies "unless the [other] Act or regulation specifically provides that it is to apply despite this Act [the Code]". Thus the legislature put its mind to conflicts between the Code and other enactments, declared that the Code will prevail as a general rule and also developed instructions for how it is to avoid application of Code primacy. Given that the legislature did not follow the procedure it declared mandatory for overruling the primacy of the Code, this Court is in no position to deduce that it meant to do so or that it came close enough. This is especially so given that the consequence of this deduction would be that the application of human rights law is curtailed.

39 The second element in the statutory scheme that confirms the jurisdiction of the SBT to apply the Code is the non-exclusive jurisdiction of the OHRC concerning the interpretation and application of the Code. While s. 14*b*(6) of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, as amended by S.O. 1971, c. 50 (Supp.), s. 63, previously gave a board of inquiry exclusive jurisdiction to determine contraventions of the Code, the legislature has since altered its regime. In its present form, the Code can be interpreted and applied by a myriad of administrative actors. Nothing in the current legislative scheme suggests that the OHRC is the guardian or the gatekeeper for human rights law in Ontario. Thus in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, this Court held that a labour arbitrator was able to apply the Code, as its provisions are implicit in collective agreements. And in *Charette*, I noted how allowing many administrative actors to apply human rights legislation fosters a general culture of respect for human rights in the administrative system: see para. 28; see also *Parry Sound*, at para. 52. These pronouncements are consistent with the legislature's removal of the exclusive jurisdiction clause

TAS de l'examiner. Deux éléments de ce régime, outre ceux analysés au chapitre de la LPOSPH et de la LPOT, confirment cette intention législative. Le premier découle du par. 47(2). Cette disposition prévoit non seulement que le Code prime sur les autres textes législatifs, mais aussi que cette primauté s'applique « à moins que [l'autre] loi ou [. . .] règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré la présente loi [le Code] ». Ainsi, le législateur a réfléchi à la question des conflits entre le Code et d'autres textes de loi, a déclaré que le Code prévaut en règle générale et a élaboré des instructions sur la façon d'éviter l'application de la primauté du Code. Étant donné qu'il n'a pas suivi la procédure qu'il a déclarée obligatoire pour passer outre à la primauté du Code, la Cour n'est pas en mesure de déduire qu'il avait l'intention de le faire ou qu'il a failli le faire. Cela est d'autant plus vrai que cette déduction aurait pour conséquence de restreindre l'application des règles de droit en matière de droits de la personne.

Le deuxième élément du régime législatif qui confirme que le TAS a compétence pour appliquer le Code tient à la compétence non exclusive de la CODP en matière d'interprétation et d'application du Code. Certes, le par. 14*b*(6) de l'*Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, dans sa version modifiée par la S.O. 1971, ch. 50 (suppl.), art. 63, conférait autrefois à une commission d'enquête une compétence exclusive pour connaître des contraventions au Code, mais le législateur a modifié son régime depuis. Dans sa forme actuelle, le Code peut être interprété et appliqué par une multitude d'instances administratives. Rien dans le régime législatif actuel ne permet de penser que la CODP est le gardien des lois relatives aux droits de la personne en Ontario. Ainsi, dans *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, la Cour a décidé qu'un arbitre du travail pouvait appliquer le Code puisque les dispositions de celui-ci sont contenues implicitement dans les conventions collectives. Et dans *Charette*, j'ai souligné à quel point le fait de permettre à de nombreuses instances administratives d'appliquer les lois en matière de droits de la personne favorise le développement d'une culture générale de respect

for the OHRC, as well as its current policy of permitting the OHRC to decline jurisdiction where an issue would be best adjudicated pursuant to another Act: see s. 34(1)(a) of the Code. It is hardly appropriate for this Court to now argue with this legislative policy shift towards concurrent jurisdiction, and seek to restore exclusive jurisdiction for the OHRC.

3.1.3 Conclusion on Jurisdiction

I therefore conclude that the SBT has jurisdiction to consider the Code. The ODSPA and OWA confirm that the SBT can decide questions of law. It follows that the SBT is presumed to have the jurisdiction to consider the whole law. More specifically, when it decides whether an applicant is eligible for income support, the SBT is presumed able to consider any legal source that might influence its decision on eligibility. In the present appeal, the Code is one such source.

There is no indication that the legislature has sought to rebut this presumption. To the contrary, the legislature has announced the primacy of the Code and has given itself clear directions for how this primacy can be eliminated in particular circumstances. The legislature has indeed prohibited the SBT from considering the constitutional validity of enactments, or the *vires* of regulations, but it did nothing to suggest that the SBT could not consider the Code. I cannot impute to the legislature the intention that the SBT ignore the Code when the legislature did not even follow its own instructions for yielding this result.

The ODSPA and OWA do evince a legislative intent to prevent the SBT from looking behind the statutory and regulatory scheme enacted by the legislature and its delegated actors. However, consideration of the Code is not analogous. Far from being used to look behind the legislative scheme,

des droits de la personne dans le système administratif : voir par. 28; voir aussi *Parry Sound*, par. 52. Ces énoncés sont compatibles avec le retrait par le législateur de la disposition attribuant une compétence exclusive à la CODP, ainsi qu'avec sa politique actuelle de permettre à la CODP de décliner compétence dans les cas où la question serait mieux tranchée en vertu d'une autre loi : voir al. 34(1)a) du Code. La Cour peut difficilement maintenant s'élever contre ce changement de politique législative au profit d'une compétence concurrente et chercher à rétablir la compétence exclusive de la CODP.

3.1.3 Conclusion quant à la compétence

40 Je conclus donc que le TAS a compétence pour examiner le Code. La LPOSPH et la LPOT apportent la confirmation que le TAS peut trancher des questions de droit. Il s'ensuit qu'il est présumé avoir compétence pour examiner l'ensemble du droit. Plus particulièrement, lorsqu'il détermine si le demandeur est admissible au soutien du revenu, il est présumé être en mesure d'examiner toute source juridique susceptible d'influer sur sa décision quant à l'admissibilité. Le Code est l'une de ces sources en l'espèce.

41 Rien n'indique que le législateur a voulu réfuter cette présomption. Au contraire, il a proclamé la primauté du Code et a donné lui-même des indications claires quant à la façon d'écarter cette primauté dans certaines circonstances. D'ailleurs, il a interdit au TAS d'examiner la constitutionnalité des textes législatifs, ou la validité des règlements, mais il n'a rien fait qui donne à penser que le TAS ne pouvait pas examiner le Code. Je ne peux lui imputer l'intention que le TAS fasse abstraction du Code alors qu'il n'a même pas suivi ses propres instructions permettant d'atteindre ce résultat.

42 La LPOSPH et la LPOT révèlent effectivement une intention législative d'empêcher le TAS de déborder le cadre des régimes législatif et réglementaire mis en place par le législateur et ses délégués. Cela n'est toutefois pas comparable à l'examen du Code. Loin de servir à déborder le cadre du

the Code forms part of the legislative scheme. It would be contrary to legislative intention to demand that the SBT ignore it.

3.2 *Should the SBT Have Declined to Exercise Its Jurisdiction in the Present Cases?*

43 Although I have established that the SBT has the jurisdiction to apply the Code in rendering its income support decisions, the respondent argues that a further analysis remains. It suggests that, in cases where two administrative bodies — the SBT and the OHRC, in the present appeal — have jurisdiction over an issue, there should be a determination of which one is the better forum before an applicant is allowed to proceed in either one. Following the Court of Appeal's reasoning, this approach would use the framework developed in the context of disputes over exclusive jurisdiction — like *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39, and *Charette* — to determine the most appropriate forum in cases of concurrent jurisdiction.

44 The analysis that the respondent invites is premised on the assumption that the SBT could decline jurisdiction if it determines that the OHRC is a more appropriate forum in which the applicants could advance their claim. This premise is unnecessary when a tribunal is determining whether another decision maker has exclusive jurisdiction; in that context, the tribunal is not deciding which of two forums is preferable, but rather which of two forums has jurisdiction in the first place. But this premise is vital in the present appeal because the jurisdiction of the SBT has already been triggered. In order for the SBT to be able to decline to hear the issue properly in front of it, the legislature must have granted it this power.

45 An investigation of the ODSPA and the OWA reveals that the legislature did not grant the SBT such a power. While the SBT must refuse to hear an appeal that is frivolous or vexatious pursuant to

régime législatif, le Code fait partie de ce régime. Exiger que le TAS en fasse abstraction irait à l'encontre de l'intention du législateur.

3.2 *Le TAS aurait-il dû décliner compétence dans les présentes affaires?*

Bien que j'aie établi que le TAS a compétence pour appliquer le Code au moment de rendre ses décisions en matière de soutien du revenu, l'intimé fait valoir qu'une autre analyse s'impose. Il affirme que, dans les cas où deux organismes administratifs — le TAS et la CODP, en l'espèce — ont compétence à l'égard d'une question, il faudrait déterminer lequel des deux constitue la juridiction la plus indiquée avant que le demandeur soit autorisé à engager une procédure devant l'un ou l'autre. Selon le raisonnement de la Cour d'appel, cette approche permettrait d'utiliser le cadre établi dans le contexte des litiges relatifs à la compétence exclusive — notamment *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 CSC 39, et *Charette* — pour déterminer la juridiction la plus appropriée dans les cas de concomitance de compétence.

L'analyse que préconise l'intimé repose sur l'hypothèse que le TAS peut décliner compétence s'il estime que la CODP est mieux placée pour permettre aux demandeurs de faire valoir leur revendication. Il n'est pas nécessaire de faire cette hypothèse quand un tribunal administratif détermine si un autre organisme décisionnaire a compétence exclusive; dans ce contexte, le tribunal administratif décide non pas laquelle des deux juridictions est préférable, mais plutôt laquelle des deux a, en fait, compétence. Cette hypothèse est toutefois vitale dans le présent pourvoi parce que la compétence du TAS est déjà enclenchée. Pour que celui-ci puisse décliner compétence à l'égard d'une question dont il a été dûment saisi, il faut que le législateur lui ait conféré ce pouvoir.

Un examen de la LPOSPH et de la LPOT révèle que le législateur n'a pas investi le TAS d'un tel pouvoir. S'il est vrai que le TAS doit, selon l'art. 28 de la LPOSPH, refuser d'entendre un appel frivole

s. 28 of the ODSPA, at no point does the legislature offer the SBT the discretion to decline to hear an issue of which it is properly seized. This approach can be contrasted with the Ontario legislature's regime surrounding the OHRC (which possesses a discretion to decline to hear complaints better considered under another Act pursuant to s. 34 of the Code) and its courts (which may stay proceedings "on such terms as are considered just" pursuant to s. 106 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43).

ou vexatoire, le législateur ne lui confère nulle part le pouvoir discrétionnaire de refuser de connaître d'une question dont il est dûment saisi. Cette approche peut être mise en contraste avec le régime établi par le législateur ontarien dans lequel s'inscrivent la CODP (qui, selon l'art. 34 du Code, a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre les plaintes qui seraient mieux tranchées en vertu d'une autre loi) et ses tribunaux (qui peuvent surseoir à des instances « aux conditions qu'il[s] estime[nt] justes » en vertu de l'art. 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43).

Since the SBT has not been granted the authority to decline jurisdiction, it cannot avoid considering the Code issues in the appellants' appeals. This is sufficient to decide the appeal. 46

Le TAS n'ayant pas été investi du pouvoir de décliner compétence, il ne peut éviter d'examiner les questions relatives au Code soulevées dans les appels des appelants. Cela suffit pour trancher le pourvoi.

Having the SBT apply the Code in rendering its decisions also has many salutary effects and is consistent with this Court's jurisprudence affirming the importance of accessible human rights legislation. Before reviewing these effects, however, I should stress that they were not determinative in deciding the outcome of this appeal. While the SBT happens to be the best forum to decide Code issues in this particular case, even if it was not, its lack of authority to decline jurisdiction would be conclusive. The legislature defines the jurisdiction of the tribunals that it creates and, so long as it defines their jurisdiction in a way that does not infringe the Constitution, it is not for those tribunals (or the courts) to decide that the jurisdiction granted is in some way deficient. Accordingly, important as they may be to applicants and administrative bodies, factors like expertise and practical constraints are insufficient to bestow a power that the legislature did not see fit to grant a tribunal. 47

Le fait de permettre au TAS d'appliquer le Code pour rendre ses décisions comporte également de nombreux effets bénéfiques et est compatible avec la jurisprudence de la Cour qui confirme l'importance d'une législation accessible en matière de droits de la personne. Avant d'examiner ces effets, cependant, je dois souligner qu'ils n'ont pas été déterminants quant à l'issue du présent pourvoi. Il se trouve que le TAS est le mieux placé pour statuer sur les questions relatives au Code soulevées en l'espèce, mais même si ce n'était pas le cas, le fait qu'il ne possède pas le pouvoir de décliner compétence suffirait pour trancher la question. Le législateur définit la compétence des tribunaux administratifs qu'il créé et, dans la mesure où il la définit d'une manière qui ne contrevient pas à la Constitution, il n'appartient pas à ces tribunaux administratifs (ou judiciaires) de conclure que la compétence accordée est en quelque sorte insuffisante. Par conséquent, les facteurs comme l'expertise et les contraintes pratiques, si importants soient-ils pour les demandeurs et les organismes administratifs, ne suffisent pas pour investir un tribunal administratif d'un pouvoir que le législateur n'a pas jugé bon de lui accorder.

In this case, the applicability of s. 5(2) of the ODSPA is best decided by the SBT because the SBT is practically unavoidable for the 48

Dans les présentes affaires, le TAS est l'instance la mieux placée pour se prononcer sur la question de l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH parce

vulnerable applicants who have been denied financial assistance under the ODSPA. Appellants to the SBT, like applicants in front of many administrative tribunals, are not individuals who have time on their side, nor will they necessarily be willing to start afresh with an application to the OHRC if their appeal to the SBT is dismissed. And if they try this alternate route, there is no guarantee that they would even have the chance to argue their case before the Human Rights Tribunal of Ontario: see s. 36 of the Code. These applicants merit prompt, final and binding resolutions for their disputes: *Parry Sound*, at para. 50. It is truly exceptional that the appellants in the present appeal have been able to ride the waves of this legal battle for almost five years, without ever collecting benefits under the ODSPA and without even having their substantive argument adjudicated yet.

qu'il est presque impossible pour les demandeurs vulnérables qui se sont vu refuser un soutien financier en vertu de la LPOSPH de l'éviter. Les personnes qui interjettent appel devant le TAS, comme celles qui s'adressent à bien des tribunaux administratifs, n'ont pas tout leur temps et ne voudront pas nécessairement repartir à zéro en présentant une demande à la CODP une fois que leur appel devant le TAS a été rejeté. Et si elles optent pour cette solution de rechange, rien ne garantit qu'elles auront l'occasion de plaider leur cause devant la Commission ontarienne des droits de la personne : voir art. 36 du Code. Ces demandeurs méritent un règlement rapide, définitif et exécutoire de leurs conflits : *Parry Sound*, par. 50. Il est vraiment exceptionnel que les appelants dans le présent pourvoi aient réussi à tenir le coup tout au long de cette bataille juridique qui dure depuis près de cinq ans sans jamais avoir reçu les prestations prévues par la LPOSPH et sans même que l'on se soit encore prononcé sur leur argument de fond.

49 The intersection of the ODSPA regime with human rights law in the present dispute only accentuates the importance of the SBT deciding the entire dispute in front of it. In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339, Sopinka J. described human rights legislation as often being the "final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised" and the "last protection of the most vulnerable members of society". But this refuge can be rendered meaningless by placing barriers in front of it. Human rights remedies must be accessible in order to be effective.

Dans les présentes affaires, la combinaison du régime de la LPOSPH, d'une part, et des lois en matière de droits de la personne, d'autre part, ne fait qu'accentuer l'importance que ce soit le TAS qui tranche l'ensemble du différend dont il est saisi. Dans *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339, le juge Sopinka a décrit les lois relatives aux droits de la personne comme constituant souvent le « dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation » et le « dernier recours des membres les plus vulnérables de la société ». Cependant, en faisant obstacle à ce recours, on peut lui faire perdre tout son sens. Pour être efficaces, les recours en matière de droits de la personne doivent être accessibles.

50 Where a tribunal is properly seized of an issue pursuant to a statutory appeal, and especially where a vulnerable appellant is advancing arguments in defence of his or her human rights, I would think it extremely rare for this tribunal to not be the one most appropriate to hear the entirety of the dispute. I am unable to think of any situation where such a tribunal would be justified in ignoring the human rights argument, applying a potentially

Lorsqu'un tribunal administratif est dûment saisi d'une question par suite de l'exercice d'un droit d'appel prévu par la loi et surtout lorsqu'un appelant vulnérable fait valoir des arguments pour défendre ses droits de la personne, il est extrêmement rare, à mon avis, que ce tribunal ne soit pas le mieux placé pour connaître de l'ensemble du différend. Il ne me vient à l'esprit aucune situation où un tel tribunal serait justifié de ne pas tenir compte

discriminatory provision, referring the legislative challenge to another forum, and leaving the appellant without benefits in the meantime.

The practical constraints that burden the SBT are of an entirely different character than those facing applicants. It is true that the efficient functioning of tribunals is important. And the presence of another tribunal with greater institutional capacity may indeed signal that this other forum is more appropriate to deal with the case at hand: see *Paul*, at para. 39. But tribunals should be loath to avoid cases on the assumption that the legislature gave them insufficient tools to handle matters within their jurisdiction. In those instances where the legislature does grant a tribunal the power to decline jurisdiction, the scope of this power should be carefully observed in order to ensure that the tribunal does not improperly ignore issues that the legislature intended it to consider.

I conclude that the SBT is a highly appropriate forum in which to argue the applicability of s. 5(2) of the ODSPA under the Code. In general, encouraging administrative tribunals to exercise their jurisdiction to decide human rights issues fulfills the laudable goal of bringing justice closer to the people. But more crucial for the purposes of the present appeal is the fact that the legislature did not grant the SBT the power to defer to another forum when it is properly seized of an issue. Absent such authority, the SBT could not decline to deal with the Code issue on the basis that a more appropriate forum existed.

4. Disposition

The appeal is allowed. The case will be remitted to the SBT so that it can rule on the applicability of s. 5(2) of the ODSPA.

des arguments de l'appelant en matière des droits de la personne, d'appliquer une disposition potentiellement discriminatoire, de renvoyer la contestation de la disposition législative devant une autre juridiction et de laisser l'appelant sans prestations dans l'intervalle.

51 Les contraintes pratiques auxquelles le TAS doit faire face sont d'un tout autre ordre que celles que doivent surmonter les demandeurs. Il est vrai que le bon fonctionnement des tribunaux administratifs est important. Et l'existence d'un autre tribunal administratif doté de plus grandes capacités institutionnelles peut effectivement indiquer qu'il est mieux placé pour entendre l'affaire en question : voir *Paul*, par. 39. Les tribunaux administratifs devraient néanmoins répugner à se dessaisir d'affaires en présumant que le législateur ne leur a pas donné suffisamment d'outils pour se charger des questions relevant de leur compétence. Mais dans les cas où le législateur accorde à un tribunal administratif le pouvoir de décliner compétence, il faut respecter scrupuleusement les limites de ce pouvoir afin de s'assurer que le tribunal ne se désintéresse pas à tort des questions que le législateur a voulu lui faire examiner.

52 Je conclus que le TAS est très bien placé pour débattre de la question de l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH selon le Code. En général, le fait d'encourager les tribunaux administratifs à exercer leur compétence pour trancher les questions touchant aux droits de la personne favorise la réalisation de l'objectif louable de rapprocher la justice des citoyens. Mais fait encore plus important en ce qui concerne le présent pourvoi, le législateur n'a pas investi le TAS du pouvoir de renvoyer à une autre juridiction une question dont il est dûment saisi. En l'absence d'un tel pouvoir, le TAS ne pouvait refuser d'examiner la question relative au Code au motif qu'il existe une juridiction mieux placée pour le faire.

4. Décision

53 Le présent pourvoi est accueilli. L'affaire est renvoyée au TAS pour qu'il se prononce sur la question de l'applicabilité du par. 5(2) de la LPOSPH.

5. Costs

54 The appellants' request for reimbursement of their disbursements before this Court will be granted. The parties did not seek costs and therefore none will be awarded.

The reasons of LeBel, Deschamps and Abella JJ. were delivered by

55 ABELLA J. (dissenting) — The government of Ontario created a special program for the efficient and effective delivery of income support benefits to persons with disabilities. Though not excluded from general social assistance benefits, those whose sole impairment is alcohol or drug addiction are excluded from this particular program.

56 This case is not about access, about the applicability of human rights legislation, or about whether the government is entitled to refuse to provide disability benefits to individuals whose only substantial impairment is an alcohol or drug dependency. It is about statutory interpretation. Specifically, it is about the scope of the legislature's intention when it enacted a statutory provision depriving an administrative tribunal of jurisdiction to decide whether any of its enabling provisions were *ultra vires* or violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect, I do not share the view of my colleague Bastarache J. that this legislative direction has no effect on a tribunal's ability to apply the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 ("Code"), so as to render legislation inapplicable.

57 The Social Benefits Tribunal ("SBT") was created to hear appeals dealing with Ontario's general social assistance regime under the *Ontario Works Act, 1997*, S.O. 1997, c. 25, Sch. A ("OWA"), and Ontario's special income support program for persons with disabilities under the *Ontario Disability*

5. Dépens

La demande de remboursement des débours devant la Cour présentée par les appelants est accueillie. Aucuns dépens ne sont adjugés puisque les parties n'en ont pas demandé.

Version française des motifs des juges LeBel, Deschamps et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le gouvernement ontarien a créé un programme spécial destiné à fournir de façon efficace et efficiente des prestations de soutien du revenu aux personnes handicapées. Les personnes dont la seule déficience est l'accoutumance à l'égard de l'alcool ou d'une drogue ne sont pas admissibles à ce programme particulier même si elles peuvent avoir droit à des prestations d'aide sociale générale.

Les présentes affaires ne portent ni sur l'accessibilité ou l'applicabilité des lois relatives aux droits de la personne, ni sur la question de savoir si le gouvernement a le droit de refuser de verser des prestations d'invalidité à des personnes dont la seule déficience importante est la dépendance à l'égard de l'alcool ou d'une drogue. Elles soulèvent une question d'interprétation législative. Plus particulièrement, elles concernent la portée de l'intention du législateur lorsqu'il a édicté une disposition législative privant un tribunal administratif du pouvoir de décider si l'une de ses dispositions habilitantes outrepasse sa compétence ou viole la *Charte canadienne des droits et libertés*. En toute déférence, je ne partage pas le point de vue de mon collègue le juge Bastarache, selon lequel cette intention du législateur n'a aucune incidence sur la capacité d'un tribunal administratif d'appliquer le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (« Code »), de manière à rendre une disposition législative inapplicable.

Le Tribunal de l'aide sociale (« TAS ») a été créé pour entendre les appels ayant trait au régime d'aide sociale générale prévu par la *Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail*, L.O. 1997, ch. 25, ann. A (« LPOT »), et au programme spécial ontarien de soutien du revenu destiné aux personnes

Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B ("ODSPA"). The OWA prescribes the general structure, composition, procedures and jurisdiction of the SBT.

Section 5(2) of the ODSPA provides that an individual whose only disabling condition is an alcohol or non-prescription drug dependency is not eligible for income support under the ODSPA. The question in this appeal is whether the SBT has jurisdiction to refuse to apply this provision, based on its purported inconsistency with the Code, or whether it is precluded from doing so by s. 67(2) of the OWA, which states:

67. . . .

(2) The Tribunal shall not inquire into or make a decision concerning,

(a) the constitutional validity of a provision of an Act or a regulation; or

(b) the legislative authority for a regulation made under an Act.

In *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 42, this Court said: "The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal" (emphasis added).

In my view, s. 67(2) creates a "category of questions of law" that have been explicitly removed from the SBT's jurisdiction, namely any legal question the answer to which might result in the SBT finding a provision of its own legislation inoperative.

Background

The ODSPA was enacted for the benefit of persons with disabilities who require income support. The provision under which Robert Tranchemontagne

handicapées et prévu par la *Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées*, L.O. 1997, ch. 25, ann. B (« LPOSPH »). La LPOT prescrit la structure générale, la composition, les procédures et la compétence du TAS.

58 Selon le par. 5(2) de la LPOSPH, une personne dont la seule affection invalidante est la dépendance à l'égard de l'alcool ou d'une drogue non autorisée par ordonnance n'est pas admissible au soutien du revenu prévu par la LPOSPH. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le TAS a le pouvoir de refuser d'appliquer cette disposition en raison de sa prétendue incompatibilité avec le Code, ou s'il est empêché de le faire par le par. 67(2) de la LPOT, qui prévoit :

67. . . .

(2) Le Tribunal ne doit pas examiner les questions suivantes ni rendre de décisions à leur sujet :

a) la constitutionnalité d'une disposition d'une loi ou d'un règlement;

b) l'autorisation législative en vertu de laquelle un règlement a été pris en application d'une loi.

59 Dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 42, la Cour a affirmé : « Il faut se demander si l'examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause » (je souligne).

60 À mon avis, le par. 67(2) créé une « catégorie de questions de droit » qui ont été expressément soustraites à la compétence du TAS, soit toute question de droit dont la réponse pourrait amener le TAS a déclaré inopérante une disposition de sa loi habilitante.

Contexte

61 La LPOSPH a été édictée au profit des personnes handicapées qui ont besoin d'un soutien du revenu. La disposition sur laquelle Robert

and Norman Werbeski applied for support was s. 4(1) of the ODSPA, which states:

4. (1) A person is a person with a disability for the purposes of this Part if,

(a) the person has a substantial physical or mental impairment that is continuous or recurrent and expected to last one year or more;

(b) the direct and cumulative effect of the impairment on the person's ability to attend to his or her personal care, function in the community and function in a workplace, results in a substantial restriction in one or more of these activities of daily living; and

(c) the impairment and its likely duration and the restriction in the person's activities of daily living have been verified by a person with the prescribed qualifications.

62 Section 4 is limited by s. 5(2), which provides that a person is not eligible for income support in the following circumstances:

5. . . .

(a) the person is dependent on or addicted to alcohol, a drug or some other chemically active substance;

(b) the alcohol, drug or other substance has not been authorized by prescription as provided for in the regulations; and

(c) the only substantial restriction in activities of daily living is attributable to the use or cessation of use of the alcohol, drug or other substance at the time of determining or reviewing eligibility.

63 Mr. Tranchemontagne applied for income support on the grounds that his back pain, seizures and alcoholism rendered him a person with a disability within the meaning of s. 4(1). According to the evidence, Mr. Tranchemontagne's back pain caused only limited restrictions in daily activities and his seizures had been successfully treated with medication. The Director found that neither Mr. Tranchemontagne's back pain nor his seizures

Tranchemontagne et Norman Werbeski se sont appuyés pour demander une aide financière est le par. 4(1) de la LPOSPH, qui dispose :

4. (1) Est une personne handicapée pour l'application de la présente partie la personne qui satisfait aux conditions suivantes :

a) elle a une déficience physique ou mentale importante qui est continue ou récurrente et dont la durée prévue est d'au moins un an;

b) l'effet direct et cumulatif de la déficience sur la capacité de la personne de prendre soin d'elle-même, de fonctionner dans la collectivité et de fonctionner dans un lieu de travail se traduit par une limitation importante d'une ou de plusieurs de ces activités de la vie quotidienne;

c) cette déficience et sa durée probable ainsi que les limites des activités de la vie quotidienne ont été confirmées par une personne qui a les qualités prescrites.

La portée de l'art. 4 est limitée par le par. 5(2), qui prévoit qu'une personne n'est pas admissible au soutien du revenu si les conditions suivantes sont réunies :

5. . . .

a) la personne a développé une dépendance ou une accoutumance à l'égard de l'alcool, d'une drogue ou d'une autre substance chimiquement active;

b) l'alcool, la drogue ou l'autre substance n'a pas été autorisé par ordonnance, selon ce que prévoient les règlements;

c) la seule limitation importante de ses activités de la vie quotidienne est attribuable à l'utilisation ou à la cessation de l'utilisation de l'alcool, de la drogue ou de l'autre substance au moment de déterminer ou de réviser l'admissibilité.

M. Tranchemontagne a fondé sa demande de soutien du revenu sur le motif que ses maux de dos, ses crises et son alcoolisme faisaient de lui une personne handicapée au sens du par. 4(1). Selon la preuve, les maux de dos de M. Tranchemontagne n'entraînaient que de légères limitations de ses activités quotidiennes, et on a réussi à traiter ses crises à l'aide de médicaments. Le directeur a estimé que ni les maux de dos ni les crises de

constituted substantial impairments. Both the Director and Mr. Tranchemontagne's doctor concluded that the only disabling condition from which Mr. Tranchemontagne suffered was his chronic and excessive use of alcohol. As a result, based on s. 5(2), he was denied income support.

Mr. Werbeski applied for income support on the grounds that his alcohol and drug dependencies, antisocial personality disorder, depression, insomnia and poor motivation rendered him a person with a disability within the meaning of s. 4(1). The Director found that Mr. Werbeski's mobility and ability to engage in the activities of daily life were not substantially impaired by any physical or mental conditions other than alcoholism. He too was accordingly denied income support based on s. 5(2).

On appeal to the SBT, both Mr. Tranchemontagne and Mr. Werbeski argued that s. 5(2) should not be applied because it violates the Code. In both cases, the SBT found that it had no jurisdiction to interpret and apply the Code to its enabling legislation in a way that rendered a provision inoperable.

The Divisional Court similarly concluded that no such power had been conferred on the SBT by its enabling legislation, either explicitly or implicitly ([2003] O.J. No. 1409 (QL)).

The Ontario Court of Appeal, applying this Court's decision in *Martin*, found that the SBT had concurrent jurisdiction with the Ontario Human Rights Commission to find human rights violations, but was of the view that the complaints were best resolved by the Commission ((2004), 72 O.R. (3d) 457).

Both Mr. Tranchemontagne and Mr. Werbeski appealed. Although my reasons differ from those of the Court of Appeal, I would dismiss the appeal.

M. Tranchemontagne ne constituaient des déficiences importantes. Le directeur et le médecin de M. Tranchemontagne ont tous deux conclu que la seule affection invalidante dont il souffrait était son utilisation chronique et excessive de l'alcool. Par conséquent, on lui a refusé le soutien du revenu en vertu du par. 5(2).

64 M. Werbeski a fondé sa demande de soutien du revenu sur le motif que sa dépendance à l'égard de l'alcool et de la drogue, son trouble de personnalité antisociale, sa dépression, son insomnie et son manque de motivation faisaient de lui une personne handicapée au sens du par. 4(1). Le directeur a conclu que la mobilité de M. Werbeski et sa capacité d'accomplir les activités de la vie quotidienne n'étaient pas limitées de façon importante par une affection physique ou mentale autre que l'alcoolisme. M. Werbeski s'est donc vu refuser, lui aussi, le soutien du revenu en vertu du par. 5(2).

65 En appel devant le TAS, M. Tranchemontagne et M. Werbeski ont tous deux fait valoir que le par. 5(2) ne devrait pas s'appliquer parce qu'il contrevient au Code. Dans les deux cas, le TAS a conclu qu'il n'avait pas compétence pour interpréter le Code et l'appliquer à sa loi habilitante de manière à rendre une disposition inopérante.

66 De même, la Cour divisionnaire a jugé qu'un tel pouvoir n'avait pas été conféré au TAS par sa loi habilitante, explicitement ou implicitement ([2003] O.J. No. 1409 (QL)).

67 La Cour d'appel de l'Ontario, appliquant la décision rendue par la Cour dans *Martin*, a estimé que le TAS, concurremment avec la Commission ontarienne des droits de la personne, avait compétence pour conclure à la violation de droits de la personne, mais a jugé que la Commission était mieux placée pour régler les plaintes ((2004), 72 O.R. (3d) 457).

68 M. Tranchemontagne et M. Werbeski ont tous deux interjeté appel. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais pour des motifs différents de ceux de la Cour d'appel.

Analysis

69 The issue is not *whether* a party can challenge a provision of the ODSPA as being inconsistent with the Code; it is *where* the challenge can be made and, specifically, whether it can be made before the Director or SBT.

70 Through s. 5 of the ODSPA, the legislature has imposed some restrictions on eligibility for income support. Under s. 5(2), the Director is required to determine whether "the only substantial restriction in activities of daily living" the applicant experiences is attributable to the use of drugs, alcohol or some other substance. If so, the applicant is ineligible for income support.

71 This provision, it is argued, is discriminatory and must defer to the paramountcy of the Code. Section 47(2) of the Code provides that where a provision in an Act or regulation purports to require or authorize conduct in contravention of the Code, the Code prevails in the absence of specific legislative language to the contrary:

> Where a provision in an Act or regulation purports to require or authorize conduct that is a contravention of Part I, this Act applies and prevails unless the Act or regulation specifically provides that it is to apply despite this Act.

72 Clearly, the values and rights expressed in the Code are fundamental. This, however, is different from a derivative conclusion that as a result of s. 47(2), all administrative bodies in Ontario are *ad hoc* Human Rights Commissions capable of applying the Code. Section 47(2) of the Code does not confer jurisdiction; it announces the primacy of the Code. It represents a legislative direction that when a body *with the authority to do so* is asked to apply the Code, the provisions of the Code will prevail over an inconsistent statutory provision.

73 The question in this case, then, is whether the Director or the SBT have the jurisdiction to apply

Analyse

La question n'est pas de savoir *si* une partie peut contester une disposition de la LPOSPH au motif qu'elle n'est pas compatible avec le Code, mais bien de savoir *où* la contestation peut être soulevée et, plus précisément, si elle peut l'être devant le directeur ou le TAS.

Par l'art. 5 de la LPOSPH, le législateur a imposé des restrictions à l'admissibilité au soutien du revenu. Selon le par. 5(2), le directeur doit décider si « la seule limitation importante de ses activités de la vie quotidienne » à laquelle se heurte le demandeur est attribuable à l'utilisation de l'alcool, d'une drogue ou de toute autre substance. Dans l'affirmative, le demandeur n'est pas admissible au soutien du revenu.

Cette disposition, fait-on valoir, est discriminatoire et doit s'incliner devant la primauté du Code. Selon le par. 47(2) du Code, lorsqu'une disposition d'une loi ou d'un règlement se présente comme exigeant ou autorisant une conduite en violation du Code, ce dernier prévaut en l'absence de disposition expresse contraire :

> Lorsqu'une disposition d'une loi ou d'un règlement se présente comme exigeant ou autorisant une conduite qui constitue une infraction à la partie I, la présente loi s'applique et prévaut, à moins que la loi ou le règlement visé ne précise expressément qu'il s'applique malgré la présente loi.

Manifestement, les valeurs et les droits énoncés dans le Code sont fondamentaux. Mais cela n'a rien à voir avec la conclusion dérivative selon laquelle, en raison du par. 47(2), tous les organismes administratifs de l'Ontario sont des commissions des droits de la personne *ad hoc* capables d'appliquer le Code. Cette disposition ne confère pas une compétence, elle proclame la primauté du Code. Elle représente une directive législative selon laquelle, lorsqu'on demande à un organisme *habilité à le faire* d'appliquer le Code, les dispositions de ce dernier l'emportent sur toute disposition législative incompatible.

Il s'agit donc de savoir, dans le présent pourvoi, si le directeur ou le TAS ont compétence pour

the Code in a way that renders a provision inoperable. If they do not, the Code's primacy is of no interpretive assistance in this regard.

In *Martin*, this Court decided that the authority to assess the constitutional validity of a legislative provision flows from the powers to decide questions of law the legislature conferred on the administrative body:

> Administrative tribunals which have jurisdiction — whether explicit or implied — to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. [Emphasis added; para. 3.]

This recognizes the truism that the jurisdictional range of administrative tribunals is determined by their enabling legislation. It also recognizes that the legislature may have intended that an administrative decision maker be authorized to resolve some legal issues, but not others.

The following powers and duties of the Director are prescribed in s. 38 of the ODSPA:

> **38.** The Director shall,
>
> (a) receive applications for income support;
>
> (b) determine the eligibility of each applicant for income support;
>
> (c) if an applicant is found eligible for income support, determine the amount of the income support and direct its provision;
>
> (d) administer the provisions of this Act and the regulations;
>
> (e) determine how the payment of the costs of administering this Act and providing income support is to be allocated;
>
> (f) ensure that the appropriate payments are made or withheld, as the case may be; and
>
> (g) exercise the prescribed powers and duties.

Following an internal review, an appeal lies from the Director to the SBT. Section 26(1) of the

appliquer le Code de manière à rendre une disposition inopérante. Dans la négative, la primauté du Code ne peut servir d'outil d'interprétation à cet égard.

74 Dans *Martin*, la Cour a statué que le pouvoir d'évaluer la constitutionnalité d'une disposition législative découle du pouvoir de trancher les questions de droit que le législateur a conféré à l'organisme administratif :

> Les tribunaux administratifs ayant compétence — expresse ou implicite — pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. [Je souligne; par. 3.]

Cela confirme le truisme selon lequel la compétence des tribunaux administratifs est déterminée par leur loi habilitante. Cela confirme également que le législateur peut avoir voulu qu'une instance administrative soit autorisée à se prononcer sur certaines questions juridiques, mais non sur d'autres.

75 Selon l'art. 38 de la LPOSPH, les pouvoirs et fonctions qu'exerce le directeur sont les suivants :

> **38.** Le directeur :
>
> a) reçoit les demandes de soutien du revenu;
>
> b) détermine l'admissibilité de chaque auteur de demande au soutien du revenu;
>
> c) si l'auteur de la demande est déclaré admissible au soutien du revenu, en détermine le montant et en ordonne la fourniture;
>
> d) applique la présente loi et les règlements;
>
> e) détermine la façon de répartir le paiement des coûts engagés aux fins de l'application de la présente loi et de la fourniture du soutien du revenu;
>
> f) veille à ce que les versements appropriés soient effectués ou retenus, selon le cas;
>
> g) exerce les pouvoirs et les fonctions prescrits.

76 La décision du directeur, une fois qu'elle a fait l'objet d'une révision interne, est susceptible

ODSPA provides that on appeal, the SBT is limited to denying the appeal, granting the appeal, granting the appeal in part or referring "the matter back to the Director for reconsideration in accordance with any directions the Tribunal considers proper".

77 The SBT's authority is limited by s. 29(3) of the ODSPA. Section 29(3) states that the "Tribunal shall not make a decision in an appeal under this Act that the Director would not have authority to make", confining the SBT to exercising the limited jurisdiction of the Director. While the ODSPA provides the SBT with greater procedural powers than the Director, it is clear from s. 29(3) that the SBT has no broader decision-making powers or jurisdiction than the Director.

78 Section 67(2) of the OWA was enacted in 1997 in response to a decision of the prior SBT interpreting its legislation to give itself *Charter* jurisdiction. As previously noted, s. 67(2) provides that the SBT "shall not inquire into or make a decision concerning" either "the constitutional validity of a provision of an Act or a regulation" or "the legislative authority for a regulation made under an Act". The potential effect of either inquiry may be to render a regulation or provision inapplicable.

79 The reasons of my colleague Bastarache J. suggest that the s. 67(2) revocation of *Charter* jurisdiction does not extend to Code jurisdiction because the consequence of a *Charter* breach is legislative invalidity while non-compliance with the Code gives rise only to inoperability. The difference between invalidity and inoperability explains why, in his view, the legislature revoked *Charter* jurisdiction but not Code jurisdiction. This, with respect, overlooks the fact that administrative tribunals lack the power to make formal declarations of invalidity. A tribunal only has jurisdiction to decline to apply the offending provision. The legislature revoked the SBT's *Charter* jurisdiction because it did not

d'appel devant le TAS. Le paragraphe 26(1) de la LPOSPH prévoit que dans un appel, le TAS ne peut que rejeter l'appel, admettre l'appel, admettre une partie de l'appel ou renvoyer « la question au directeur pour réexamen conformément aux directives que le Tribunal juge indiquées ».

Le pouvoir du TAS est limité par le par. 29(3) de la LPOSPH, qui précise que « [d]ans un appel interjeté en vertu de la présente loi, le Tribunal ne doit pas rendre de décision que le directeur ne serait pas habilité à prendre », confinant ainsi le TAS dans l'exercice de la compétence limitée du directeur. Même si la LPOSPH confère au TAS des pouvoirs en matière de procédure plus étendus que ceux du directeur, il ressort clairement du par. 29(3) que le TAS n'a pas de pouvoirs décisionnels ni de compétences plus étendus que ceux du directeur.

Le paragraphe 67(2) de la LPOT a été édicté en 1997 par suite d'une décision de l'ancien TAS, qui avait interprété sa loi habilitante comme lui conférant une compétence en matière d'application de la *Charte*. Comme nous l'avons vu, le par. 67(2) prévoit que le TAS « ne doit pas examiner les questions suivantes ni rendre de décisions à leur sujet » : « la constitutionnalité d'une disposition d'une loi ou d'un règlement » et « l'autorisation législative en vertu de laquelle un règlement a été pris en application d'une loi ». L'examen de l'une ou l'autre de ces questions pourrait avoir pour effet de rendre un règlement ou une disposition législative inapplicable.

Dans ses motifs, mon collègue le juge Bastarache affirme que la révocation de la compétence relative à la *Charte* prévue par le par. 67(2) ne s'applique pas à la compétence relative au Code parce que la violation de la *Charte* a pour conséquence l'invalidité législative alors que le non-respect du Code ne mène qu'à une déclaration d'inapplicabilité. La différence entre une déclaration d'invalidité et une déclaration d'inapplicabilité explique, selon lui, pourquoi le législateur a révoqué la compétence relative à la *Charte*, mais non celle relative au Code. Cette thèse, en toute déférence, ne tient pas compte du fait que les tribunaux administratifs n'ont pas le pouvoir de faire des déclarations formelles

want the SBT to declare any part of the legislation inapplicable. That is precisely what the effect could be of applying the Code.

An obvious deduction from the specific withdrawal of *Charter* and *ultra vires* determinations, it seems to me, is that the legislature did not want the SBT to be able to refuse to apply any of its enabling provisions by finding these to be inoperable, period. In the face of such a clear legislative direction, one wonders why it can be assumed that the intent was, nonetheless, to permit such a finding under the Code.

In enacting s. 67(2), the legislature did everything it could reasonably have been expected to do to signal its intention that the SBT not decide the validity of any aspect of the ODSPA. What the legislature specifically excluded from the SBT's determinations was that "category of questions of law", to use the language of *Martin*, which engaged the validity, and thus the applicability, of any of the statutory provisions or regulations the SBT was created to administer.

The fact that the Code is not mentioned specifically in the taxonomy of prohibited determinations in s. 67(2) is not determinative. The overlapping nature of the rights and remedies guaranteed under the *Charter* and the Code, including disability rights, is such that it would be anomalous if the SBT were empowered to assess whether an ODSPA provision was discriminatory on grounds of disability under the Code but not under the *Charter*.

In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, this Court identified as problematic any dissonance between an analysis under human rights legislation and one under the *Charter*. Given their

d'invalidité. Ils n'ont compétence que pour refuser d'appliquer la disposition attentatoire. Le législateur a révoqué la compétence du TAS en matière d'application de la *Charte* parce qu'il ne voulait pas que celui-ci déclare inapplicable une partie quelconque de la loi. C'est précisément ce qui pourrait arriver si celui-ci appliquait le Code.

80 Selon moi, la conclusion évidente qui se dégage du retrait spécifique de l'examen fondé sur la *Charte* et de l'examen qui constitue un excès de pouvoir est que le législateur ne voulait pas que le TAS soit en mesure de refuser d'appliquer l'une de ses dispositions habilitantes en la déclarant inopérante, tout simplement. Face à une directive législative aussi claire, on se demande bien comment il est possible de présumer que son intention était, néanmoins, de permettre qu'une telle déclaration soit faite en vertu du Code.

81 En édictant le par. 67(2), le législateur a fait tout ce à quoi on pouvait raisonnablement s'attendre pour manifester son intention de ne pas laisser le TAS décider de la validité d'un aspect quelconque de la LPOSPH. Il a expressément exclu des questions sur lesquelles le TAS pouvait se prononcer la « catégorie de questions de droit », pour reprendre le terme employé dans *Martin*, qui mette en cause la validité, et donc l'applicabilité, des dispositions législatives ou des règlements que le TAS est chargé d'administrer.

82 Le fait que le Code ne soit pas mentionné expressément dans la taxonomie des décisions interdites contenue dans le par. 67(2) n'est pas déterminant. Le chevauchement des droits et recours garantis par la *Charte* et de ceux garantis par le Code, y compris les droits des personnes handicapées, est tel qu'il serait anormal que le TAS ait le pouvoir de décider si une disposition de la LPOSPH constitue de la discrimination fondée sur un handicap selon le Code, mais non selon la *Charte*.

83 Dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, la Cour a estimé problématique toute dissonance entre l'analyse fondée sur la législation en matière de droits de la personne et celle

conceptual parallels, the Court preferred an interpretation that made the two sources of human rights remedies consistent. McLachlin J., for a unanimous court, wrote, "I see little reason for adopting a different approach when the claim is brought under human rights legislation which, while it may have a different legal orientation, is aimed at the same general wrong as s. 15(1) of the *Charter*" (para. 48). This approach also drove this Court's conclusion that *Charter* interpretation must inform the interpretation of human rights codes across Canada: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27, at para. 42.

84 The Code and the *Charter* are both legal instruments capable of remedying discrimination based on disability. The result of a challenge under either may very well be the same. From the perspective of a claimant before the SBT, the result of a Code or a *Charter* violation would be the same — s. 5(2) would be rendered inapplicable to them.

85 By revoking jurisdiction over *Charter* questions, the legislature unequivocally expressed its intent that the SBT not hear and decide legal issues that may result in the inoperability of a provision. Even though s. 67(2) refers to constitutional validity, but not to compliance with the Code, the remedial and conceptual similarities between the *Charter* and the Code are such that the legislature has, by clear implication, withdrawn authority to grant the remedy of inoperability under *either* mandate.

86 In addition to the wording of the operative legislation, *Martin* also holds that practical considerations, including its institutional capacity, may indicate the legislature's intention that a tribunal not consider legal questions that go to the applicability of its enabling statute. Assessing the applicability of the legislature's decision to make those whose sole incapacitating impairment is drug or alcohol

fondée sur la *Charte*. Vu les parallèles conceptuels qui les unissent, la Cour a opté pour une interprétation qui concilie les deux sources de réparation en matière de droits de la personne. La juge McLachlin, au nom de la cour, a écrit : « Je ne vois pas pourquoi une méthode différente devrait être adoptée lorsqu'une demande est fondée sur une loi concernant les droits de la personne qui, bien qu'elle puisse avoir une orientation juridique différente, vise le même mal général que le par. 15(1) de la *Charte* » (par. 48). L'application de cette méthode a également mené à la conclusion de la Cour que l'interprétation de la *Charte* doit éclairer celle de tous les codes des droits de la personne du Canada : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27, par. 42.

Le Code et la *Charte* sont tous les deux des instruments juridiques capables de remédier à une discrimination fondée sur un handicap. L'issue de la contestation fondée sur l'un ou sur l'autre peut très bien être la même. Du point de vue du demandeur qui s'adresse au TAS, la conséquence d'une violation du Code ou de la *Charte* serait la même : le par. 5(2) ne lui est pas applicable.

En révoquant la compétence à l'égard des questions relatives à la *Charte*, le législateur a exprimé clairement son intention de ne pas permettre au TAS d'entendre et de trancher des questions juridiques pouvant entraîner l'inapplicabilité d'une disposition. Même si le par. 67(2) mentionne la constitutionnalité et non la conformité au Code, la ressemblance entre la *Charte* et le Code sur le plan de la réparation et du concept est telle que le législateur a, forcément, retiré le pouvoir d'accorder la réparation de l'inapplicabilité en vertu de *l'un ou l'autre* des mandats.

Outre le libellé de la disposition législative applicable, l'arrêt *Martin* conclut aussi que des considérations pratiques, comme la capacité institutionnelle du tribunal administratif, peuvent indiquer que le législateur avait l'intention d'empêcher celui-ci d'examiner des questions juridiques mettant en cause l'applicabilité de sa loi habilitante. L'évaluation de la validité de la

addiction ineligible for income support under the ODSPA, requires an inquiry into the legislature's justification, which is a complicated evidentiary and legal determination. On second reading of the OWA, the Parliamentary Assistant to the Minister of Community and Social Services said, about s. 67(2), ". . . we are proposing to remove jurisdiction from the tribunal to consider constitutional issues. The reason for this proposed change is simple: Constitutional questions involve complex legal issues and can have far-reaching consequences that are better addressed, in our opinion, by the courts": Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, No. 222B, September 2, 1997, at p. 11708 (Mr. F. Klees).

décision du législateur de rendre les personnes dont la seule déficience invalidante est la dépendance à l'égard d'une drogue ou de l'alcool inadmissibles au soutien du revenu prévu par la LPOSPH exige un examen des justifications fournies par le législateur, tâche complexe touchant à la preuve et au droit. À l'étape de la deuxième lecture de la LPOT, l'adjoint parlementaire de la ministre des Services sociaux et communautaires a dit à propos du par. 67(2) [TRADUCTION] : « . . . nous proposons de retirer au tribunal administratif sa compétence en matière d'examen des questions constitutionnelles. La raison en est simple : les questions constitutionnelles soulèvent des questions de droit complexes et peuvent avoir des conséquences d'une portée considérable que les tribunaux judiciaires sont mieux placés, selon nous, pour trancher » : Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, n° 222B, 2 septembre 1997, p. 11708 (M. F. Klees).

Clearly, a legal inquiry into the operability of a provision by either the Director or the SBT was deemed inappropriate. A brief review of their institutional characteristics confirms why neither the Director nor the SBT was deemed to have the capacity to decide such complex, time-consuming legal issues.

87 Manifestement, l'examen juridique de l'applicabilité d'une disposition par le directeur ou le TAS a été jugé inapproprié. Un survol de leurs caractéristiques institutionnelles explique pourquoi ni l'un ni l'autre n'ont été considérés comme ayant la capacité de trancher des questions juridiques aussi complexes et chronophages.

The Director does not hold hearings or receive evidence beyond that filed by an applicant. An appeal to the SBT from the Director's decision is commenced by filing with the SBT a notice of appeal form on which an applicant is simply asked to explain what he or she disagrees with in the Director's original decision and why. The Director has the option of making only written submissions before the SBT. Following receipt of an applicant's notice of appeal form, the Director has 30 days to file any written submissions in response.

88 Le directeur ne tient pas d'audiences et ne reçoit pas d'éléments de preuve outre ceux déposés par le demandeur. L'appel interjeté devant le TAS contre la décision du directeur est introduit par le dépôt d'un avis d'appel dans lequel le demandeur doit simplement expliquer en quoi, et pourquoi, il n'est pas d'accord à propos de la décision du directeur. Ce dernier peut choisir de ne présenter que des observations écrites au TAS. Après réception de l'avis d'appel du demandeur, le directeur dispose de 30 jours pour déposer sa réplique.

The SBT's decisions are not publicly available. The hearings are informal and private. Most hearings last no longer than one and a half hours.

89 Les décisions du TAS ne sont pas accessibles au public. Les audiences sont informelles et privées. La plupart d'entre elles ne durent pas plus d'une heure et demie.

The SBT is meant to be an efficient, effective, and quick process. Yet it seems to be having difficulty meeting this mandate. In 2004-2005, the SBT

90 Le TAS se veut un processus efficient, efficace et rapide. Il semble toutefois avoir de la difficulté à remplir ce mandat. En 2004-2005, il avait un arriéré

had a backlog of 9,042 cases and received 11,127 new appeals under the OWA and the ODSPA. This Court recognized in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 34, that administrative bodies responsible for ensuring the payment of monetary benefits to eligible applicants would undoubtedly be impeded from this important and time-sensitive undertaking if they were asked to decide constitutional challenges.

91 Imposing Code compliance hearings on the SBT will similarly and inevitably impact its ability to assist the disabled community it was established to benefit in a timely way. It will be difficult to explain to the thousands of disabled individuals waiting for their appeals to be heard — many without any interim support — that there is any public benefit in the SBT hearing a complex, lengthy, and inevitably delaying jurisprudential issue with no precedential value. That is the real access issue in this case.

92 The SBT's institutional capacity and procedural practices differ markedly from those of a tribunal appointed under the Code ("Human Rights Tribunal"). The Human Rights Tribunal's Rules of Practice foster full adversarial debate and provide for full disclosure and production obligations. I acknowledge that the Human Rights Tribunal's greater institutional powers and capacity do not mean that only a Human Rights Tribunal can apply the Code.

93 Formerly, the Ontario Human Rights Commission had exclusive jurisdiction to decide human rights complaints: *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, s. 14*b*(6); see also *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. In 1981, the legislature enacted what is now s. 34(1)(a) of the Code, giving the Commission a discretion to refer

de 9 042 dossiers et a été saisi de 11 127 nouveaux appels fondés sur la LPOT et la LPOSPH. Dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 34, la Cour a reconnu que les organismes administratifs chargés d'assurer le versement de prestations monétaires à des demandeurs admissibles pourraient sans nul doute être empêchés de remplir cet engagement important et commandant la rapidité si on leur demandait de trancher des questions de droit constitutionnel.

Imposer au TAS la tenue d'audiences sur le respect du Code influerait également et inévitablement sur sa capacité d'aider, en temps opportun, les personnes handicapées, au profit desquelles il a été établi. Il serait difficile de convaincre les milliers de personnes handicapées qui attendent l'audition de leur appel — dont plusieurs ne bénéficient d'aucun soutien provisoire — qu'il est dans l'intérêt public que le TAS se penche sur une question jurisprudentielle complexe, longue et forcément dilatoire sans que sa décision ait valeur de précédent. C'est là la véritable question d'accès qui se pose en l'espèce.

La capacité institutionnelle et les pratiques en matière de procédure du TAS sont fort différentes de celles d'un tribunal administratif constitué en vertu du Code (« Tribunal des droits de la personne »). Les règles de procédure du Tribunal des droits de la personne encouragent de véritables débats contradictoires et prévoient de réelles obligations en matière de communication et de production de documents. Je conviens que le fait que le Tribunal des droits de la personne ait des pouvoirs et une capacité institutionnels plus étendus ne signifie pas que seul un tribunal des droits de la personne peut appliquer le Code.

Autrefois, la Commission ontarienne des droits de la personne avait compétence exclusive pour connaître des plaintes en matière de droits de la personne : *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, par. 14*b*(6); voir également *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181. En 1981, le législateur a édicté ce qui constitue maintenant

a human rights complaint to another body. Section 34(1)(a) states:

> **34.**—(1) Where it appears to the Commission that,
>
> (a) the complaint is one that could or should be more appropriately dealt with under an Act other than this Act;
>
> . . .
>
> the Commission may, in its discretion, decide to not deal with the complaint.

While s. 34(1)(a) of the Code may signal that the Commission no longer has exclusive jurisdiction to decide complaints under the Code, the legislature does not seem to have replaced that exclusivity with a scheme whereby all provincial tribunals have concurrent, free-standing jurisdiction with the Commission to enforce the Code. Such jurisdiction would have to be found in the enabling legislation of the tribunal. Under s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, for example, labour arbitrators are authorized "to interpret and apply human rights and other employment-related statutes". And labour arbitrators under the province's *Fire Protection and Prevention Act, 1997*, S.O. 1997, c. 4, s. 53(9)(j), have been given similar originating jurisdiction.

The existence of a dedicated human rights body like the Commission reflects how complex and nuanced human rights determinations necessarily are, as manifested in the many checks and balances in the Code itself, and protects the integrity of the Code, of human rights adjudication, and of the interests of the parties and the public.

The inability to declare a provision inoperative under the Code does not mean that in making their

l'al. 34(1)a) du Code, conférant ainsi à la Commission le pouvoir discrétionnaire de renvoyer une plainte en matière de droits de la personne à un autre organisme. L'alinéa 34(1)a) précise que :

> **34** (1) S'il appert à la Commission que, selon le cas :
>
> a) la plainte pourrait ou devrait plutôt être traitée en vertu d'une autre loi;
>
> . . .
>
> la Commission peut, à sa discrétion, décider de ne pas traiter la plainte.

94 L'alinéa 34(1)a) du Code peut donner à penser que la Commission n'a plus compétence exclusive pour connaître des plaintes fondées sur le Code mais le législateur ne semble pas avoir remplacé cette compétence exclusive par un régime selon lequel tous les tribunaux provinciaux auraient, concurremment avec la Commission, une compétence autonome pour appliquer le Code. Cette compétence devrait être prévue dans la loi habilitante du tribunal administratif. Selon l'al. 48(12)j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, p. ex., les arbitres des conflits de travail ont le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi ». Et les arbitres des conflits du travail nommés en vertu de la *Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie* de la province, L.O. 1997, ch. 4, al. 53(9)j), ont été investis de la même compétence qu'un ressort d'origine.

95 L'existence d'un organisme voué à la défense des droits de la personne, telle la Commission, témoigne du caractère forcément complexe et nuancé des décisions en matière de droits de la personne, qui ressort des nombreux mécanismes de contrôle prévus par le Code lui-même, et préserve l'intégrité du Code, du processus décisionnel en matière de droits de la personne et de l'intérêt des parties et du public.

96 L'incapacité de déclarer une disposition inopérante selon le Code ne signifie pas que, lorsqu'ils

determinations, the Director and the SBT are precluded from applying the human rights values and principles found in it. It does mean, however, that those principles cannot be used to "invalidate" a provision which defines their mandate.

97 Nor does it mean that a litigant cannot challenge a provision of the OPSDA for incompatibility with the Code, or even with the *Charter*. It means that the challenge must be made in the proper forum. That is exactly what the parties in this case have done by bringing a joint *Charter* and Code challenge before the Divisional Court.

98 I would accordingly dismiss the appeal without costs and restore the SBT's decision that it lacked jurisdiction to find s. 5(2) inoperable under the Code.

Appeal allowed, LEBEL, DESCHAMPS *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant Robert Tranchemontagne: Sudbury Community Legal Clinic, Sudbury.

Solicitor for the appellant Norman Werbeski: Legal Aid Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of Community and Social Services, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener the Advocacy Centre for Tenants Ontario: Advocacy Centre for Tenants Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

prennent leurs décisions, le directeur et le TAS ne peuvent pas appliquer les valeurs et principes en matière de droits de la personne contenus dans le Code, mais plutôt que ces principes ne peuvent servir à « invalider » une disposition qui définit leur mandat.

Cela ne signifie pas non plus que les parties ne peuvent pas contester une disposition de la LPOSPH au motif qu'elle n'est pas compatible avec le Code, ou même avec la *Charte*, mais bien que la contestation doit être soulevée devant la juridiction appropriée. C'est précisément ce que les parties ont fait dans le présent pourvoi en soulevant devant la Cour divisionnaire une contestation fondée à la fois sur la *Charte* et sur le Code.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, sans frais, et de rétablir la décision du TAS portant qu'il n'avait pas compétence pour déclarer le par. 5(2) inopérant en vertu du Code.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, DESCHAMPS *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant Robert Tranchemontagne : Sudbury Community Legal Clinic, Sudbury.

Procureur de l'appelant Norman Werbeski : Legal Aid Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé : Ministère des Services sociaux et communautaires, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Centre ontarien de défense des droits des locataires : Centre ontarien de défense des droits des locataires, Toronto.

Procureur de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitor for the intervener the Empowerment Council — Centre for Addiction and Mental Health: ARCH: A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Solicitors for the intervener the Social Benefits Tribunal: WeirFoulds, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Conseil d'autonomie des clients — Centre de toxicomanie et de santé mentale : ARCH : A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal de l'aide sociale : WeirFoulds, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Dennis Rodgers *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick and Attorney General of British Columbia *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Dennis Rodgers *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* RODGERS

Neutral citation: 2006 SCC 15.

File No.: 30319.

2005: November 15; 2006: April 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* RODGERS

Référence neutre : 2006 CSC 15.

N° du greffe : 30319.

2005 : 15 novembre; 2006 : 27 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Legislative safeguards restricting use of DNA data bank as an identification tool only — Whether collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders reasonable — Whether data bank provisions strike an appropriate balance between public interest in effective identification of persons convicted of serious offences and rights of individuals to physical integrity and control of release of information about themselves — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural fairness — Ex parte

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Garanties légales ne permettant l'utilisation de la banque de données génétiques qu'à des fins d'identification — Le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque est-il abusif? — Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent-elles un juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que soient dûment identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la communication à son gré de renseignements le concernant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Équité procédurale — Audition ex

proceeding — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether ex parte nature of proceeding meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Constitutional law — Charter of Rights — Double jeopardy — Benefit of lesser punishment — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether imposition of DNA sampling order amounts to "punishment" within meaning of ss. 11(h) and 11(i) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

Criminal law — Forensic DNA analysis — Offenders serving sentences — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether judge lost jurisdiction when he proceeded ex parte in absence of any evidence demonstrating need to do so — Whether offender's certiorari application should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R was sentenced to four years in prison for a sexual assault, committed while he was on probation on a conviction for sexual interference. He was convicted prior to the proclamation of the 1998 *DNA Identification Act* and so was not ordered to provide a DNA sample when sentenced. Before his sentence expired, the Crown applied *ex parte* under s. 487.055(1)(*c*) of the *Criminal Code* for authorization to take DNA samples from R for inclusion in the national DNA data bank. The sample was not sought as part of an ongoing investigation of a crime. A warrant was issued and R first learned of the proceeding when served with a summons to attend to provide bodily substances. R applied for a declaration that s. 487.055 infringes ss. 7, 8, 11(*h*) and (*i*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Alternatively, he argued that the authorizing judge lost jurisdiction by proceeding *ex parte*. The Ontario Superior Court of Justice dismissed R's applications. The Court of Appeal upheld the constitutional validity of s. 487.055 but interpreted the provision as presumptively requiring an *inter partes* hearing and held that the authorizing provincial court judge had committed jurisdictional error by proceeding *ex parte*. The

parte — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'audition ex parte de la demande satisfait-elle aux impératifs constitutionnels minimaux d'équité procédurale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Double péril — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'imposition d'un tel prélèvement équivaut-elle à une « peine » au sens des art. 11h) et 11i) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

Droit criminel — Analyse génétique — Contrevenants purgeant une peine — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Le juge a-t-il perdu compétence en entendant la demande ex parte sans que n'ait été établie la nécessité de procéder ainsi? — Y a-t-il lieu de faire droit à la requête en certiorari du contrevenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R a été condamné à quatre ans d'emprisonnement pour une agression sexuelle commise pendant qu'il était sous probation après avoir été reconnu coupable de contacts sexuels. Sa déclaration de culpabilité étant intervenue avant la promulgation de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* en 1998, il n'a pas eu à fournir un échantillon de substances corporelles lors de sa condamnation. Avant que sa peine ne prenne fin, le ministère public a présenté, *ex parte* et sur le fondement de l'al. 487.055(1)*c*) du *Code criminel*, une demande d'autorisation de prélever sur R des échantillons d'ADN destinés à la banque nationale de données génétiques. Le prélèvement n'était pas requis aux fins d'une enquête criminelle en cours. Un mandat a été décerné, et R a été informé de la démarche lorsque lui a été signifiée une sommation de se présenter pour subir le prélèvement. R a demandé un jugement déclaratoire selon lequel l'art. 487.055 violait les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que ses al. 11*h*) et *i*). Il a soutenu subsidiairement que le juge ayant accordé l'autorisation avait perdu compétence du fait de l'audition *ex parte* de la demande. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté les demandes de R.

authorization was quashed and the application was remitted for reconsideration. The Crown appealed the quashing of the authorization and R cross-appealed against the dismissal of his constitutional challenge.

Held (Binnie, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Abella and Charron JJ.: The authorizing judge did not commit jurisdictional error in proceeding *ex parte*. The Court of Appeal erred in interpreting s. 487.055 of the *Code* as presumptively requiring an *inter partes* hearing. *Charter* values and principles should not be applied to interpret s. 487.055(1) because they only play a role in statutory interpretation if there is genuine ambiguity in the legislation. Since s. 487.055(1) is clear and unambiguous, the court must give effect to the expressed legislative intent to authorize *ex parte* applications. [6] [18-20]

Section 487.055(1) of the *Code* does not infringe s. 7 or 8 of the *Charter*. While the taking of bodily samples for DNA analysis without consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*, the collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders is reasonable. These samples may only be used in order to create profiles in the DNA data bank. Unlike investigative DNA warrants, authorizations under the data bank provisions do not target suspected offenders nor particular offences nor do they gather evidence for use in specific prosecutions. The provisions put DNA technology to use to identify offenders in a manner analogous to fingerprinting and other identification measures. Society's interest in using this powerful new technology to assist law enforcement agencies in the identification of offenders is beyond dispute. The resulting impact on the physical integrity of the targeted offenders is minimal. Furthermore, in restricting the use of DNA sampling for data bank purposes to an identification tool only, Parliament has adequately answered any heightened concern about the potentially powerful impact that DNA sampling has on the informational privacy interests of the individual. In this case, R had no reasonable expectation of privacy in respect of his identity. Section 487.055 targets dangerous convicted offenders. Since R's identity as a multiple sex offender has become a matter of state interest, he

La Cour d'appel a confirmé la constitutionnalité de l'art. 487.055, mais elle a présumé que la disposition nécessitait une audition *inter partes* et conclu que le juge de la cour provinciale avait commis une erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. L'autorisation a été annulée et la demande a été renvoyée au tribunal inférieur pour qu'il statue de nouveau. Le ministère public en a appelé de l'annulation, et R a formé un pourvoi incident contre le rejet de sa contestation constitutionnelle.

Arrêt (les juges Binnie, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Abella et Charron : Le juge qui a accordé l'autorisation n'a pas commis d'erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. La Cour d'appel a eu tort de présumer que l'art. 487.055 du *Code* nécessitait une audition *inter partes*. Le paragraphe 487.055(1) ne doit pas être interprété au regard des valeurs et des principes consacrés par la *Charte*, ceux-ci ne jouant que lorsque la disposition comporte une véritable ambiguïté. Comme la disposition en cause est claire, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur de permettre l'audition *ex parte*. [6] [18-20]

Le paragraphe 487.055(1) du *Code* ne porte pas atteinte aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*, mais le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque de données génétiques n'est pas abusif. Ces échantillons ne servent qu'à l'établissement de profils d'identification génétique destinés à la banque de données. Contrairement au mandat ADN décerné pour les besoins d'une enquête, l'autorisation de prélèvement ne vise pas les personnes soupçonnées d'une infraction ni ne permet l'obtention d'éléments de preuve aux fins d'une poursuite. Les dispositions mettent les nouvelles techniques d'analyse génétique au service de l'identification des contrevenants, et l'analogie doit se faire avec la prise des empreintes digitales et les autres mesures d'identification. La société a indéniablement intérêt à ce que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi recourent à cette nouvelle technique performante pour identifier les contrevenants. L'atteinte à l'intégrité physique des condamnés visés est minime. Qui plus est, en ne permettant l'utilisation des échantillons d'ADN destinés à la banque de données qu'à des fins d'identification, le législateur a dûment tenu compte de l'inquiétude accrue suscitée par l'incidence considérable qu'a le prélèvement d'échantillons d'ADN sur la

has lost any reasonable expectation of privacy in the identifying information derived from DNA sampling. The data bank provisions strike an appropriate balance between the public interest in the effective identification of persons convicted of serious offences and the rights of individuals to physical integrity and privacy. Having regard to the competing interests at play, there is no constitutional requirement to link the convicted offender, on reasonable and probable grounds, to any particular investigation. [5] [25] [37-38] [42-44]

The presumptively *ex parte* hearing is a constitutionally valid legislative option. Notice and participation are not themselves principles of fundamental justice. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. What is fair in a particular case depends entirely on the context and the constitutional question is referable to the minimal standard mandated by the *Charter*. In the context of s. 487.055, notice and participation are not required to satisfy the minimal constitutional norm. Having regard to the interests at stake and the procedural safeguards afforded by the legislative scheme, the *ex parte* nature of the proceedings meets the dictates of procedural fairness afforded under s. 7 of the *Charter*. Further, although there is no appeal from a s. 487.055 order, the decision of the judge is reviewable on *certiorari*. Lastly, the offender, by reason of his criminal conduct, is already known to law enforcement authorities and, depending on the circumstances, may be a logical suspect in future investigations regardless of any s. 487.055 order. What an offender stands to lose on a s. 487.055 application is to have his DNA profile made available to the state for identification purposes only. In the investigation of a crime, the use of a DNA profile illegally included in the data bank itself will provide grounds for an offender to quash a subsequent DNA warrant. It will also be open to the offender to challenge the admissibility of any DNA evidence at trial. [5] [47-54]

Section 487.055(1) of the *Code* does not infringe s. 11(*h*) or 11(*i*) of the *Charter*. These sections are inapplicable because the taking of DNA samples does not constitute a punishment within the meaning of s. 11. The word "punishment" under ss. 11(*h*) and 11(*i*) does

protection des renseignements personnels. Dans la présente affaire, R n'avait pas d'attentes raisonnables en matière de vie privée quant à son identité. L'article 487.055 vise des condamnés dangereux. Comme son identité en tant que délinquant sexuel récidiviste intéresse désormais l'État, R n'a plus d'attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard des renseignements d'identification tirés des échantillons d'ADN. Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent un juste équilibre entre l'intérêt qu'a l'État à ce que soient identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la vie privée. Vu les intérêts concurrents en jeu, il n'y a pas d'obligation constitutionnelle d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier. [5] [25] [37-38] [42-44]

Le choix d'une audition de prime abord *ex parte* est un choix législatif valable sur le plan constitutionnel. Le préavis et la participation ne sont pas en eux-mêmes des principes de justice fondamentale. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l'équité procédurale. Ce qui est équitable dans un cas donné dépend entièrement du contexte, et la question constitutionnelle se rapporte à la norme minimale imposée par la *Charte*. Dans le contexte de l'art. 487.055, le préavis et la participation ne sont pas requis pour satisfaire à la norme constitutionnelle minimale. Compte tenu des intérêts en jeu et des garanties procédurales offertes par le régime législatif, le caractère *ex parte* de l'instance respecte les exigences de l'art. 7 de la *Charte* en matière d'équité procédurale. En outre, bien qu'il n'existe aucun droit d'en appeler de l'autorisation visée à l'art. 487.055, la décision du juge est susceptible de révision par voie de *certiorari*. Enfin, à cause de son comportement criminel, le contrevenant est déjà connu des autorités chargées du contrôle d'application de la loi et, selon les circonstances, il pourrait logiquement faire l'objet de soupçons lors d'une enquête ultérieure, indépendamment de toute autorisation fondée sur l'art. 487.055. Pour le contrevenant visé par une demande, l'enjeu est la mise à la disposition de l'État de son profil génétique à des fins d'identification seulement. Lors d'une enquête sur un crime, l'utilisation d'un profil génétique illégalement versé dans la banque de données pourra justifier l'annulation, à la demande du contrevenant, d'un mandat ADN décerné subséquemment. L'admissibilité de la preuve génétique pourra également être contestée au procès. [5] [47-54]

Le paragraphe 487.055(1) du *Code* ne contrevient pas aux al. 11*h*) et *i*) de la *Charte*, qui sont inapplicables, car le prélèvement d'un échantillon d'ADN ne constitue pas une « peine » au sens de l'art. 11. La « peine » à laquelle renvoient ces alinéas n'englobe pas nécessairement

not necessarily encompass every potential consequence of being convicted of a criminal offence. As a general rule, a consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. A DNA sampling is no more part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence than the taking of a photograph or fingerprints. The fact that the DNA order may have a deterrent effect on the offender does not make it a punishment. [5] [63-65]

Per Binnie, Deschamps and Fish JJ. (dissenting): To hold an authorization hearing *ex parte* under s. 487.055 of the *Code*, absent any reason to proceed without notice or participation, does not satisfy the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*. The DNA data bank constitutes a substantial and novel invasion of privacy. Notice and an opportunity to participate should be given to those whose privacy interests are at stake except where competing interests require otherwise. While the nature and extent of procedural fairness depends on context, in this context, there is no reasonable basis to presumptively depart from the norm of providing notice and participation. Both context and principle favour *inter partes* s. 487.055 applications; *ex parte* proceedings should be exceptional. [77] [80-83] [95]

In this case, no justification was shown to proceed *ex parte*. First, it is impossible for a subject to destroy his DNA sample. Second, notice and participation in the hearing create no enhanced risk of flight. The state interest in proceeding *ex parte* where there is no reason to do so is therefore minimal, at best. In any event, an assessment of the state's interest must consider as well the competing interests of those whom the state is required to protect. A s. 487.055 target has a legitimate interest in presenting information that is relevant to the required exercise of judicial discretion and that may well persuade the judge not to issue an order. That person has the most to lose if the order is erroneously made and will often be in the best position to correct erroneous information upon which the judge might otherwise be required to rely. The statutory safeguard requiring consideration of the individual's interest is rendered illusory by proceeding *ex parte* without reason. Finally, the possibility that some errors by an issuing judge may be reviewed *ex post facto* by *certiorari* cannot be considered an adequate substitute for a fair hearing on an application for an order. *Certiorari* is only available on

toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle. En règle générale, la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Le prélèvement d'échantillons d'ADN pour analyse génétique ne fait pas davantage partie des sanctions dont est passible la personne accusée d'une infraction que la prise de photographies ou des empreintes digitales. Le fait que son autorisation puisse avoir un effet dissuasif sur le contrevenant ne fait pas du prélèvement une peine pour autant. [5] [63-65]

Les juges Binnie, Deschamps et Fish (dissidents) : L'audition *ex parte* de la demande d'autorisation visée à l'art. 487.055 du *Code*, sans motif justifiant l'absence de préavis ou de participation, ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles de l'art. 8 de la *Charte*. La banque de données génétiques constitue une atteinte nouvelle et substantielle à la vie privée. Un préavis et la possibilité de se faire entendre doivent être donnés à celui dont la vie privée est en jeu, sauf si des intérêts opposés commandent le contraire. Même si la nature et l'étendue de l'équité procédurale dépendent du contexte, en l'espèce, aucun fondement raisonnable ne permet de conclure à l'existence d'une dérogation présumée à l'exigence du préavis et de la participation. Tant le contexte que les principes militent en faveur de l'audition *inter partes* de la demande visée à l'art. 487.055; l'audition *ex parte* ne devrait avoir lieu qu'à titre exceptionnel. [77] [80-83] [95]

En l'espèce, aucun motif d'entendre la demande *ex parte* n'a été établi. Premièrement, l'intéressé ne peut détruire ses échantillons de substances corporelles. Deuxièmement, le préavis et la participation à l'audience n'accroissent pas le risque de fuite. Partant, l'intérêt qu'a l'État à ce que la demande soit entendue en l'absence de l'intéressé, lorsque rien ne justifie l'audition *ex parte*, est au mieux minimal. Quoi qu'il en soit, l'appréciation de l'intérêt de l'État doit également tenir compte des intérêts opposés de ceux que l'État est censé protéger. La personne visée à l'art. 487.055 a légitimement intérêt à saisir le juge de renseignements qui importent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire prescrit et qui pourraient bien le convaincre de refuser l'autorisation. C'est elle qui a le plus à perdre si l'autorisation est accordée à tort et qui est souvent la mieux placée pour corriger tout renseignement erroné que le juge pourrait autrement devoir prendre en considération. Entendre la demande *ex parte* sans raison rend illusoire l'exigence légale de prendre en compte l'intérêt de l'intéressé. Enfin, la possibilité qu'une erreur commise par le juge qui accorde l'autorisation donne

narrow jurisdictional grounds and an order wrongly made cannot be reversed on a demonstration of error alone. Recourse to proceedings in *certiorari* is of no comfort to persons who could have prevented an error from occurring but for their exclusion from the hearing and who have suffered the consequences of the errors without reason or justification. The s. 8 infringement is not justified under s. 1 of the *Charter* and, accordingly, s. 487.055 is of no force or effect to the extent of its inconsistency with s. 8. [71] [73] [86-90] [94] [98-99]

Cases Cited

By Charron J.

Discussed: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States v. Kincade*, 379 F.3d 813 (2004); *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3; *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737, 2004 SCC 81.

ouverture à une révision *ex post facto* par voie de *certiorari* ne peut être considérée comme un bon substitut à l'audition équitable de la demande. La requête en *certiorari* ne peut avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence, et la simple preuve d'une erreur ne suffit pas pour faire infirmer une ordonnance. Le *certiorari* n'est d'aucun secours à celui qui, s'il n'avait pas été exclu sans raison de l'instance, aurait pu prévenir l'erreur et ne pas en subir les conséquences. L'atteinte à l'art. 8 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, de sorte que l'art. 487.055 est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 8. [71] [73] [86-90] [94] [98-99]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts analysés : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés :** *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *United States c. Kincade*, 379 F.3d 813 (2004); *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3; *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737, 2004 CSC 81.

By Fish J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, the DNA Identification Act and the National Defense Act, S.C. 2005, c. 25, s. 5.
Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11, (*h*), (*i*), 12.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04, 487.051, 487.052, 487.055, 487.057(1), 487.06(2), 487.07, 718.2, 718.3(1).
DNA Identification Act, S.C. 1998, c. 37, ss. 3, 4.
Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005).
Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 to 24-4-65 (Supp. 2005).
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1985, c. I-1, s. 2(1).
Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).
Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 to 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003).
N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 to 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004).
N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004).
Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005).
Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Borens and Cronk JJ.A.) (*sub nom. R. v. Jackpine*) (2004), 70 O.R. (3d) 97, 237 D.L.R. (4th) 122, 184 O.A.C. 354, 182 C.C.C. (3d) 449, 21 C.R. (6th) 284, [2004] O.J. No. 1073 (QL), allowing an appeal from an order of Trainor J., [2001] O.J. No. 3866 (QL), dismissing an application to quash an authorization for the taking of bodily substances for forensic DNA analysis. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Binnie, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Kenneth L. Campbell and *Michal Fairburn*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Citée par le juge Fish (dissident)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631.

Lois et règlements cités

Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11, *h*), *i*), 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04, 487.051, 487.052, 487.055, 487.057(1), 487.06(2), 487.07, 718.2, 718.3(1).
Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005).
Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 à 24-4-65 (Supp. 2005).
Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur l'identification par les empreintes génétiques et la Loi sur la défense nationale, L.C. 2005, ch. 25, art. 5.
Loi sur l'identification des criminels, L.R.C. 1985, ch. I-1, art. 2(1).
Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, L.C. 1998, ch. 37, art. 3, 4.
Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).
Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 à 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003).
N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 à 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004).
N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004).
Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005).
Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Borens et Cronk) (*sub nom. R. c. Jackpine*) (2004), 70 O.R. (3d) 97, 237 D.L.R. (4th) 122, 184 O.A.C. 354, 182 C.C.C. (3d) 449, 21 C.R. (6th) 284, [2004] O.J. No. 1073 (QL), qui a accueilli un appel contre une ordonnance du juge Trainor, [2001] O.J. No. 3866 (QL), qui avait rejeté une demande d'annulation d'une autorisation de prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges Binnie, Deschamps et Fish sont dissidents.

Kenneth L. Campbell et *Michal Fairburn*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Gregory Lafontaine and *Vincenzo Rondinelli*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Ronald C. Reimer, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sabin Ouellet and *Annie-Claude Bergeron*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Peter P. Rosinski, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

William B. Richards, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Beverly MacLean, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Abella and Charron JJ. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

This appeal concerns the constitutionality of the DNA data bank provision contained in s. 487.055 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which permits a provincial court judge, on *ex parte* application, to authorize the collection of DNA samples from three classes of previously convicted and sentenced offenders: (a) persons already declared to be "dangerous offenders"; (b) persons convicted of "more than one murder committed at different times"; and (c) persons convicted of "more than one sexual offence" and who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences. In contrast to ss. 487.051 and 487.052 which target convicted offenders whose cases are still before the court for sentencing, applications under this provision will be referred to as retrospective applications.

Dennis Rodgers, a repeat sexual offender caught by this retrospective legislative scheme, challenges

Gregory Lafontaine et *Vincenzo Rondinelli*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Ronald C. Reimer, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sabin Ouellet et *Annie-Claude Bergeron*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Peter P. Rosinski, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

William B. Richards, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Beverly MacLean, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Abella et Charron rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 487.055 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui prévoit qu'un juge de la cour provinciale peut, sur demande *ex parte* et pour analyse génétique, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de personnes déclarées coupables et condamnées à une peine d'emprisonnement : a) celles déjà déclarées « délinquants dangereux », b) celles déclarées coupables de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et c) celles déclarées coupables de « plus d'une infraction sexuelle » et qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour l'une ou plusieurs de ces infractions. Contrairement aux demandes fondées sur les art. 487.051 et 487.052, qui visent les contrevenants déclarés coupables mais dont la peine n'a pas encore été déterminée, la demande fondée sur cette disposition est qualifiée de « rétrospective » dans les présents motifs. 1

Dennis Rodgers, un délinquant sexuel récidiviste auquel s'applique ce régime législatif rétrospectif, 2

the constitutionality of the provision arguing that it infringes ss. 7, 8, 11(*h*) and 11(*i*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argues that the provision does not meet minimal constitutional norms in three respects: (a) it allows for an *ex parte* proceeding in the absence of any justification for denying fundamental procedural fairness; (b) it permits the seizure of a DNA sample from a convicted offender without first establishing reasonable and probable grounds to link the offender to a particular unsolved crime; and (c) it punishes the offender again for a predicate offence and denies him the benefit of the lesser punishment in force at the time of his conviction for that offence. Alternatively, even if the legislation is constitutional, Mr. Rodgers argues that the authorizing judge lost jurisdiction when he proceeded *ex parte* in the absence of any evidence demonstrating the need to do so.

conteste la constitutionnalité de la disposition au motif qu'elle contrevient aux art. 7 et 8 et aux al. 11*h*) et *i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il soutient que la disposition ne respecte pas les normes constitutionnelles minimales sous trois rapports : a) elle autorise l'audition *ex parte* de la demande sans que l'atteinte au droit fondamental à l'équité procédurale ne soit justifiée; b) elle permet la saisie d'un échantillon de l'ADN d'un condamné sans que ne soit établie au préalable l'existence de motifs raisonnables et probables de relier cette personne à un crime non résolu; c) elle punit de nouveau le contrevenant pour une infraction sous-jacente et l'empêche de bénéficier de la peine la moins sévère prévue pour cette infraction au moment de sa déclaration de culpabilité. Subsidiairement, M. Rodgers fait valoir que même si la disposition est constitutionnelle, le juge qui a autorisé le prélèvement n'avait pas compétence parce qu'il a entendu la demande *ex parte* sans que n'ait été établie la nécessité de le faire.

3 Mr. Rodgers' *Charter* application and his application for *certiorari* were dismissed in all respects by the Ontario Superior Court of Justice ([2001] O.J. No. 3866 (QL)). On appeal, the Court of Appeal for Ontario upheld the constitutional validity of the legislation but interpreted s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing ((2004), 70 O.R. (3d) 97). The court held that the authorizing provincial court judge had committed jurisdictional error when he proceeded *ex parte* in the absence of evidence justifying the failure to give notice to Mr. Rodgers. The authorization for the taking of bodily substances from Mr. Rodgers was therefore quashed and the application for the authorization was remitted to the Ontario Court of Justice for a determination on its merits. The Crown appeals the quashing of the authorization. Mr. Rodgers cross-appeals against the dismissal of his constitutional challenge.

La demande de M. Rodgers fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari* ont été rejetées en tous points par la Cour supérieure de justice de l'Ontario ([2001] O.J. No. 3866 (QL)). La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la constitutionnalité de la disposition, mais elle a présumé que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes* ((2004), 70 O.R. (3d) 97). Elle a conclu que le juge de la cour provinciale ayant accordé l'autorisation avait commis une erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte* à défaut de tout élément justifiant l'omission de donner un préavis à M. Rodgers. L'autorisation de prélever des substances corporelles sur ce dernier a donc été annulée, et la demande d'autorisation a été renvoyée à la Cour de justice de l'Ontario pour qu'elle statue de nouveau. Le ministère public en appelle de l'annulation de l'autorisation. M. Rodgers interjette un appel incident contre le rejet de sa contestation constitutionnelle.

4 There is no question that DNA evidence has revolutionized the way many crimes are investigated and prosecuted. The use of this new technology has not only led to the successful identification and prosecution of many dangerous criminals, it has served to exonerate many persons who were

Nul doute que la preuve génétique a révolutionné le déroulement de l'enquête et de la poursuite dans le cas de nombreux crimes. Elle a non seulement permis d'identifier et de poursuivre de nombreux criminels dangereux, mais aussi de disculper bon nombre de personnes soupçonnées ou

wrongfully suspected or convicted. The importance of this forensic development to the administration of justice can hardly be overstated. At the same time, the profound implications of government seizure and use of DNA samples on the privacy and security of the person cannot be ignored. A proper balance between these competing interests must be achieved within our constitutional framework.

For reasons that follow, I have concluded that the collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders is reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Society's interest in using this powerful new technology to assist law enforcement agencies in the identification of offenders is beyond dispute. The resulting impact on the physical integrity of the targeted offenders is minimal. The potential invasive impact on the right to privacy has carefully been circumscribed by legislative safeguards that restrict the use of the DNA data bank as an identification tool only. As convicted offenders still under sentence, the persons targeted by s. 487.055 have a much reduced expectation of privacy. Further, by reason of their crimes, they have lost any reasonable expectation that their identity will remain secret from law enforcement authorities. Having regard to the interests at stake and the procedural safeguards afforded by the legislative scheme, I have also concluded that the *ex parte* nature of the proceedings meets the dictates of procedural fairness afforded under s. 7 of the *Charter*. Finally, ss. 11(*h*) and 11(*i*) of the *Charter* are inapplicable. The taking of DNA samples does not constitute a punishment within the meaning of s. 11 anymore than the taking of fingerprints or other identification measures.

I have also concluded that the authorizing judge did not commit jurisdictional error in proceeding *ex parte*. The Court of Appeal erred in interpreting s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing. The provision is unambiguous and expressly permits but does not require an *ex parte* proceeding. The failure to provide notice did not deprive Mr. Rodgers of procedural fairness. I

déclarées coupables à tort. On ne saurait trop insister sur l'importance de cette percée médico-légale pour l'administration de la justice. On ne peut non plus faire abstraction des graves répercussions de la saisie et de l'utilisation d'échantillons d'ADN par l'État sur la protection de la vie privée et sur la sécurité de la personne. Un juste équilibre doit être établi entre ces intérêts opposés, compte tenu des paramètres constitutionnels.

Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion que le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque de données génétiques n'est pas abusif au sens de l'art. 8 de la *Charte*. La société a indéniablement intérêt à ce que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi recourent à cette technique performante pour identifier les contrevenants. L'atteinte à l'intégrité physique est minime. L'effet attentatoire possible sur le droit à la vie privée est soigneusement circonscrit par des garanties légales qui ne permettent l'utilisation de la banque de données génétiques qu'à des fins d'identification. En tant que condamnés purgeant toujours leur peine, les personnes visées à l'art. 487.055 ont des attentes considérablement réduites en matière de vie privée. De plus, leurs crimes leur ont fait perdre tout espoir raisonnable que les organismes chargés du contrôle d'application de la loi ignorent leur identité. Compte tenu des intérêts en jeu et des garanties procédurales offertes par le régime législatif, j'estime par ailleurs que le caractère *ex parte* de l'instance satisfait aux exigences de l'art. 7 de la *Charte* en matière d'équité procédurale. Enfin, les al. 11*h*) et *i*) de la *Charte* sont inapplicables. Le prélèvement d'un échantillon d'ADN ne constitue pas davantage une peine au sens de l'art. 11 que la prise des empreintes digitales ou une autre mesure d'identification. 5

J'arrive également à la conclusion que le juge qui a accordé l'autorisation n'a pas commis d'erreur juridictionnelle en entendant la demande *ex parte*. La Cour d'appel a eu tort de présumer que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes*. Cette disposition claire permet expressément, sans l'exiger, le déroulement de l'instance *ex parte*. L'omission de lui donner un préavis n'a pas privé 6

would therefore allow the Crown's appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, dismiss Mr. Rodgers' cross-appeal and dismiss his *Charter* and *certiorari* applications.

7 Before turning to the facts and issues under appeal, I will review the DNA data bank provisions contained in the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, and the *Criminal Code*. A clear understanding of the legislative scheme and its purpose is necessary to deal with the constitutional arguments advanced by the parties.

2. The Legislative Scheme

8 The *DNA Identification Act* governs the creation, operation and maintenance of a national DNA data bank. The Act must be read in conjunction with the *Criminal Code* provisions dealing with the collection and use of DNA samples. This Court in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, described the DNA provisions as falling into two sets. The first, the constitutionality of which was upheld in *S.A.B.*, regulates the search and seizure of DNA material from a suspect for investigative purposes in respect of a designated offence. The second set of provisions governs the collection of DNA evidence from convicted persons for the purpose of inclusion in a national DNA data bank. Section 487.055, the impugned provision on this appeal, falls in this latter set.

9 There are three categories of convicted offenders in respect of which a judicial authorization to seize DNA samples may be obtained for data bank purposes. First, s. 487.051 applies in respect of offenders convicted of a designated offence after the proclamation of the *DNA Identification Act*. Second, s. 487.052 deals with convicted offenders who have committed a designated offence prior to the proclamation of the *DNA Identification Act* but are still before the court. (Designated offences are defined under s. 487.04 of the *Criminal Code* and,

M. Rodgers de son droit à l'équité procédurale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public, d'annuler le jugement de la Cour d'appel, de rejeter le pourvoi incident de M. Rodgers, ainsi que sa demande fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari*.

Avant d'analyser les faits et les questions en litige, j'examinerai les dispositions de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, et du *Code criminel* relatives à la banque de données génétiques. Il importe de bien circonscrire le régime législatif et son objet pour statuer sur les prétentions constitutionnelles des parties.

2. Le régime législatif

La *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* régit la création, le fonctionnement et le maintien d'une banque nationale de données génétiques. Elle doit être interprétée en corrélation avec les dispositions du *Code criminel* sur le prélèvement et l'utilisation d'échantillons d'ADN. Dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, notre Cour a réparti dans deux ensembles les dispositions relatives à la preuve génétique. Le premier ensemble, dont la constitutionnalité a été confirmée dans cet arrêt, régit la fouille, la perquisition et la saisie du matériel génétique d'un suspect pour les besoins d'une enquête sur une infraction désignée. Le deuxième régit le prélèvement sur un condamné d'un échantillon d'ADN destiné à la banque nationale de données génétiques. L'article 487.055, la disposition contestée en l'espèce, fait partie de ce dernier ensemble.

Il existe trois catégories de condamnés sur lesquels le prélèvement d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données peut être autorisé par une cour de justice. Premièrement, l'art. 487.051 s'applique à la personne déclarée coupable d'une infraction désignée après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Deuxièmement, l'art. 487.052 vise la personne déclarée coupable d'une infraction désignée commise avant l'entrée en vigueur de la loi, mais dont la peine n'a pas encore été déterminée. (Les

in general, may be described as the more serious offences under the *Criminal Code* in respect of which it may reasonably be expected that DNA may be left behind by the offender.) Third, s. 487.055 applies to three classes of offenders who have been convicted and sentenced prior to the proclamation of the *DNA Identification Act*: (a) persons already declared to be "dangerous offenders"; (b) persons convicted of "more than one murder committed at different times"; and (c) persons convicted of "more than one sexual offence" and who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences. (The list of targeted offenders has since been expanded by deleting the requirement that there be "more than one murder committed at different times" and by including dangerous sexual offenders and persons convicted of manslaughter who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment of at least two years for that offence (S.C. 2005, c. 25, s. 5).) Only s. 487.055, the retrospective provision, is in issue on this appeal. However, the alleged s. 8 constitutional deficiency — the absence of reasonable and probable grounds linking the convicted offender to a particular investigation — is equally present in all three provisions.

infractions désignées sont définies à l'art. 487.04 et correspondent généralement aux infractions les plus graves prévues dans le *Code criminel* et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce que la perpétration laisse des traces d'ADN.) Troisièmement, l'art. 487.055 s'applique à trois catégories de personnes déclarées coupables et condamnées à une peine avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* : a) celles déjà déclarées « délinquants dangereux », b) celles déclarées coupables de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et c) celles déclarées coupables de « plus d'une infraction sexuelle » et qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour l'une ou plusieurs de ces infractions. (La liste des contrevenants visés a été élargie par la suppression de l'exigence de « plusieurs meurtres commis à différents moments » et par l'inclusion des délinquants sexuels dangereux et des personnes déclarées coupables d'homicide involontaire coupable qui, à la date de la demande, purgent toujours une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour cette infraction (L.C. 2005, ch. 25, art. 5).) Seul l'article 487.055, relatif à la demande rétrospective, fait l'objet du présent pourvoi. Toutefois, l'atteinte alléguée à l'art. 8 de la *Charte* — l'absence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier — vise les trois dispositions.

Section 3 of the *DNA Identification Act* expressly sets out the purpose of the Act:

> **3.** The purpose of this Act is to establish a national DNA data bank to help law enforcement agencies identify persons alleged to have committed designated offences, including those committed before the coming into force of this Act.

Parliament's objective in establishing a national DNA data bank is further expressed in the statement of principles set out in s. 4:

> **4.** It is recognized and declared that
>
> (*a*) the protection of society and the administration of justice are well served by the early detection,

La *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* précise son objet à l'art. 3 : 10

> **3.** La présente loi a pour objet l'établissement d'une banque nationale de données génétiques destinée à aider les organismes chargés du contrôle d'application de la loi à identifier les auteurs présumés d'infractions désignées, y compris de celles commises avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

L'objectif de l'établissement d'une banque nationale de données génétiques ressort des principes énoncés à l'art. 4 :

> **4.** Les principes suivants sont reconnus et proclamés :
>
> *a*) la protection de la société et l'administration de la justice sont bien servies par la découverte,

arrest and conviction of offenders, which can be facilitated by the use of DNA profiles;

(*b*) the DNA profiles, as well as samples of bodily substances from which the profiles are derived, may be used only for law enforcement purposes in accordance with this Act, and not for any unauthorized purpose; and

(*c*) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves, safeguards must be placed on

(i) the use and communication of, and access to, DNA profiles and other information contained in the national DNA data bank, and

(ii) the use of, and access to, bodily substances that are transmitted to the Commissioner for the purposes of this Act.

11 The safeguards aimed at protecting the informational privacy of individuals in accordance with the principles expressed under s. 4 are conveniently summarized by the intervener the Attorney General of Canada, at para. 58 of its factum as follows:

a) A DNA data bank authorization must be obtained on written application to a provincial court judge. The judge is required to consider specified criteria in determining whether a DNA data bank authorization should be granted.

b) The class of persons against whom a DNA data bank authorization may be granted is confined to a specified class of convicted violent offenders: s. 487.055(1), *Criminal Code.*

c) Bodily samples collected pursuant to a DNA data bank authorization may only be used for forensic DNA analysis for inclusion in the National DNA Data Bank. Unused portion[s] of bodily samples are required to be safely stored at the National DNA Data Bank: s. 487.08(1), *Criminal Code.*

d) It is a criminal offence to use bodily samples or results of forensic DNA analysis obtained under a DNA data bank authorization other than for transmission to the national DNA data bank. A breach of that provision is a hybrid offence that when prosecuted by indictment

l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, lesquelles peuvent être facilitées par l'utilisation de profils d'identification génétique;

b) ces profils, de même que les substances corporelles prélevées en vue de les établir, ne doivent servir qu'à l'application de la présente loi, à l'exclusion de toute autre utilisation qui n'y est pas autorisée;

c) afin de protéger les renseignements personnels, doivent faire l'objet de protections :

(i) l'utilisation et la communication de l'information contenue dans la banque de données — notamment des profils —, de même que son accessibilité,

(ii) l'utilisation des substances corporelles qui sont transmises au commissaire pour l'application de la présente loi, de même que leur accessibilité.

Au paragraphe 58 de son mémoire, l'intervenant le procureur général du Canada résume bien les mesures visant à protéger les renseignements personnels conformément aux principes énoncés à l'art. 4 :

[TRADUCTION]

a) Une demande d'autorisation de prélever des substances corporelles pour analyse génétique doit être présentée par écrit à un juge de la cour provinciale. Le juge doit tenir compte de critères précis pour déterminer s'il convient d'y faire droit ou non.

b) La catégorie de personnes sur lesquelles peut être autorisé le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique ne comprend que certains condamnés violents : par. 487.055(1) du *Code criminel.*

c) Les échantillons de substances corporelles prélevés en application d'une autorisation ne peuvent être utilisés que pour analyse génétique et inclusion dans la banque nationale de données génétiques. Toute partie non utilisée d'un échantillon doit être entreposée en lieu sûr à la banque nationale de données génétiques : par. 487.08(1) du *Code criminel.*

d) Commet une infraction criminelle quiconque utilise à d'autres fins que leur transmission à la banque nationale de données génétiques des échantillons de substances corporelles obtenus en application d'une autorisation ou les résultats de leur analyse génétique. Il s'agit

is subject to a maximum penalty of two years imprisonment: ss. 487.08(2) and (3), *Criminal Code*.

e) Use of DNA profiles and bodily samples at the National DNA Data Bank is strictly limited to the narrow purposes of comparing offender profiles with crime scene profiles. Any use of stored information or bodily samples or communication of information they may contain is strictly limited to the narrow identification purposes of the Act. Access to the bank is restricted. Breach of any of those provisions is a hybrid offence subject to a maximum penalty of two years imprisonment when prosecuted by indictment: sections 6(6), 6(7), 8, 10(3), 10(5), 11, *DNA Identification Act*.

f) Communication of information as to whether a person's DNA profile is contained in the offenders' index may only be made to appropriate law enforcement agencies or laboratories for investigative purposes or to authorized users of the RCMP automated conviction records retrieval system: s. 6, *DNA Identification Act*.

g) Although the seized bodily samples are retained for safekeeping in the DNA data bank, they may only be used for further forensic DNA analysis where that is made necessary by "significant technological advances" since the time that the original DNA profile was derived. The results of such subsequent DNA analysis and any residue of the bodily sample are subject to the same rigid controls as the original profile and sample: s. 10, *DNA Identification Act*.

h) Where a DNA profile cannot be derived from a bodily substance obtained during the execution of a DNA data bank authorization, further samples may only be taken upon further authorization from a judge: s. 487.091, *Criminal Code*.

i) A DNA Data Bank Advisory Committee has been established by regulation. The composition of the Committee is stipulated as: a Chairperson, a Vice-Chairperson, a representative of the Office of the Privacy Commissioner and up to six other members who may include representatives of the police, legal, scientific and academic communities. Retired puisne Justice Peter Cory of this Court is one of two representatives of the legal community on the current Committee. The Committee's duties encompass "any

d'une infraction mixte punissable, par voie de mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de deux ans : par. 487.08(2) et (3) du *Code criminel*.

e) Un profil d'identification génétique ou un échantillon de substances corporelles n'est utilisé à la banque nationale de données génétiques que pour comparer le profil d'un contrevenant avec ceux du fichier de criminalistique. L'utilisation des renseignements ou des échantillons de substances corporelles entreposés et la communication des renseignements qu'ils peuvent contenir n'interviennent qu'à des fins d'identification conformément à la Loi. L'accès à la banque est limité. Le non-respect de l'une ou l'autre des dispositions en cause constitue une infraction mixte punissable, par voie de mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de deux ans : par. 6(6), 6(7), 10(3), 10(5) et art. 8 et 11 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

f) Le fait que le profil d'identification génétique d'une personne se trouve ou non dans le fichier des condamnés ne peut être communiqué qu'à un laboratoire ou un organisme chargé du contrôle d'application de la loi aux fins d'une enquête ou à un utilisateur autorisé du fichier automatisé des relevés de condamnations criminelles géré par la GRC : art. 6 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

g) Conservé en lieu sûr à la banque de données génétiques par mesure de prudence, un échantillon de substances corporelles saisi ne peut être utilisé qu'aux fins d'une analyse génétique complémentaire rendue nécessaire par les « progrès techniques importants » survenus depuis l'établissement initial du profil d'identification génétique. Les résultats d'une telle analyse subséquente et tout résidu de l'échantillon de substances corporelles font l'objet des mêmes mesures de contrôle strictes que le profil et l'échantillon de départ : art. 10 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

h) Lorsqu'un profil d'identification génétique ne peut être établi à partir des échantillons de substances corporelles prélevés en application de l'autorisation, l'obtention d'échantillons supplémentaires requiert une nouvelle autorisation : art. 487.091 du *Code criminel*.

i) Un Comité consultatif de la banque nationale de données génétiques a été constitué par règlement. Il se compose du président, du vice-président, du représentant du Commissariat à la protection de la vie privée et d'au plus six autres membres pouvant représenter les milieux policier, juridique, scientifique et universitaire. L'ancien juge de cette Cour aujourd'hui à la retraite, Peter Cory, est actuellement l'un des deux représentants du milieu juridique. Les fonctions du Comité englobent l'examen, de sa propre initiative ou à la demande du

matter related to the establishment and operation" of the Data Bank upon its own motion or at the request of the Commissioner. The Committee must report annually to the Commissioner: *DNA Data Bank Advisory Committee Regulations*, SOR/2000-181.

j) The Commissioner of the RCMP is required to report annually on the operation of the National DNA Data Bank: s. 13.1, *DNA Identification Act*.

k) The *DNA Identification Act* is expressly subject to a review of its provisions and operation by Parliament after five years. That review is anticipated in the fall of 2005: s. 13, *DNA Identification Act*.

l) The Act permits sharing of DNA profiles (but not stored bodily samples) with foreign governments and international organizations but only for legitimate law enforcement purposes pursuant to specific agreement or arrangement between the government of Canada and the foreign government or international organization: s. 6(4), *DNA Identification Act*. Regulations under the Act further require that such agreements or arrangements "shall include safeguards to protect the privacy of the personal information used or disclosed under it": *DNA Identification Regulations*, SOR/2000-300. [Footnotes omitted.]

12 The Crown also filed affidavit evidence from Dr. Ron Fourney, a research scientist employed by the RCMP since 1988 and the current officer in charge of the data bank, describing the practical operation of the data bank. Mr. Rodgers did not dispute the accuracy of this evidence. In his affidavit, Dr. Fourney explains in some detail how the anonymity of the samples and profiles is preserved, their physical security maintained, and the genetic privacy of the individuals ensured. Arbour J. in *S.A.B.*, at para. 49, considered similar evidence and commented as follows:

[Forensic] DNA analysis is conducted solely for forensic purposes and does not reveal any medical, physical or mental characteristics; its only use is the provision of identifying information that can be compared to an existing sample. The evidence of Dr. Ron Fourney at the *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal*

commissaire, de « toute question concernant l'établissement et le fonctionnement » de la banque de données. Le Comité présente chaque année son rapport au commissaire : *Règlement sur le Comité consultatif de la banque nationale de données génétiques*, DORS/2000-181.

j) Chaque année, le commissaire de la GRC présente un rapport sur l'activité de la banque nationale de données génétiques : art. 13.1 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

k) La Loi prévoit expressément que ses dispositions et son application font l'objet d'un examen parlementaire cinq ans après son entrée en vigueur. Cet examen devrait avoir lieu à l'automne 2005 : art. 13 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*.

l) La Loi permet le partage des profils d'identification génétique (mais non des échantillons de substances corporelles entreposés) avec des gouvernements étrangers et des organisations internationales, mais uniquement pour les besoins légitimes de l'application de la loi, dans le cadre d'un accord ou d'une entente intervenus entre le gouvernement du Canada et le gouvernement étranger ou l'organisation internationale : par. 6(4) de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Le règlement pris en vertu de la Loi exige en outre que ces accords ou ententes « prévoi[ent] des mécanismes de protection des renseignements personnels qui sont utilisés ou communiqués en application de ces accords ou ententes » : *Règlement sur l'identification par les empreintes génétiques*, DORS/2000-300. [Notes omises.]

Le ministère public a également déposé la déclaration sous serment du D^r^ Ron Fourney, chercheur à la GRC depuis 1988 et actuel responsable de la banque de données, pour établir le fonctionnement concret de celle-ci. M. Rodgers n'a pas mis en doute l'exactitude de cet élément de preuve. Dans sa déclaration sous serment, le D^r^ Fourney donne des précisions sur les mesures prises pour assurer l'anonymat des échantillons et des profils, leur sécurité physique et la confidentialité en génétique médicale des particuliers. Dans l'arrêt *S.A.B.*, par. 49, la juge Arbour a dit ce qui suit au sujet d'un élément de preuve similaire :

[L]'analyse génétique est faite uniquement à des fins médico-légales et elle ne révèle aucune caractéristique médicale, physique ou mentale; elle ne sert qu'à fournir des renseignements d'identification qui peuvent être comparés à un échantillon existant. Le témoignage du D^r^ Ron Fourney lors des *Délibérations du comité*

and Constitutional Affairs, Issue No. 43, November 25, 1998, at p. 43:46, confirms the scientific community's understanding of the DNA used for forensic analysis:

> [A]s forensic scientists, we are interested in everything that does not code for anything. That is to say, we are looking at anonymous pieces of DNA. By international convention with Venice in 1993, forensic scientists all over the world agree that we will take STR markers — that is, short tandem repeat — or pieces of DNA. By convention, the only ones that we are permitted to use in forensics are those that do not predict any medical, physical or mental characteristics.

In addition to the statutory safeguards in respect of the informational privacy of individuals, the *Criminal Code* mandates a detailed procedure for collecting DNA samples. In *S.A.B.*, Arbour J. described in considerable detail the relevant provisions governing the execution of a DNA warrant obtained for investigative purposes. Most of the provisions apply equally to the taking of a DNA sample from a convicted offender for data bank purposes. The procedure is not in issue and need not be described again here. It is not disputed that the taking of DNA samples involves a minimal intrusion on the physical integrity of the offender.

Before turning to the constitutional issues, I will deal with the question of statutory interpretation and determine whether the Court of Appeal was correct in its interpretation of s. 487.055 as presumptively requiring an *inter partes* hearing.

3. The Meaning of *Ex Parte* Within Section 487.055

Section 487.055(1) reads as follows:

> **487.055** (1) A provincial court judge may, on *ex parte* application made in Form 5.05, authorize, in Form 5.06, the taking, from a person who

sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles, fascicule nº 43, 25 novembre 1998, p. 43:46, confirme l'interprétation de la communauté scientifique quant à l'ADN qui peut être utilisé dans le cadre d'une analyse médico-légale :

> [À] titre d'experts en criminalistique, nous nous intéressons à tout ce qui code pour rien. Autrement dit, nous étudions des morceaux anonymes d'ADN. De par une convention internationale adoptée à Venise en 1993, les experts en criminalistique du monde entier conviennent d'utiliser des marqueurs de STR — c'est-à-dire séquence courte répétée en tandem — ou des morceaux d'ADN. Par convention, les seuls cas permis en criminalistique sont ceux qui ne permettent pas de prédire des caractéristiques médicales, physiques ou mentales.

13 En sus des mesures légales de protection des renseignements personnels, le *Code criminel* prescrit les modalités de prélèvement d'un échantillon d'ADN. Dans l'arrêt *S.A.B.*, la juge Arbour a fait état avec force détails des dispositions pertinentes régissant l'exécution d'un mandat ADN obtenu aux fins d'une enquête. La plupart des dispositions s'appliquent également au prélèvement sur un condamné d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données. La procédure suivie n'est pas en cause et n'a pas à être décrite de nouveau en l'espèce. Nul ne conteste que le prélèvement d'un échantillon d'ADN porte minimalement atteinte à l'intégrité physique du contrevenant.

14 Avant de passer aux questions constitutionnelles, j'examinerai celle de l'interprétation législative et déterminerai si la Cour d'appel a eu raison de présumer que l'art. 487.055 nécessitait une audition *inter partes*.

3. Le sens de l'expression « *ex parte* » employée à l'art. 487.055

15 Le paragraphe 487.055(1) est libellé comme suit :

> **487.055** (1) Sur demande *ex parte* présentée selon la formule 5.05, le juge de la cour provinciale peut autoriser par écrit — en utilisant la formule 5.06 — le prélèvement, pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles d'une personne jugé nécessaire à cette fin, dans le cas où celle-ci, selon le cas :

(*a*) before the coming into force of this subsection, had been declared a dangerous offender under Part XXIV,

(*b*) before the coming into force of this subsection, had been convicted of more than one murder committed at different times, or

(*c*) before the coming into force of this subsection, had been convicted of more than one sexual offence within the meaning of subsection (3) and, on the date of the application, is serving a sentence of imprisonment of at least two years for one or more of those offences,

for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1).

a) avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait été déclarée délinquant dangereux au sens de la partie XXIV;

b) avant cette entrée en vigueur, avait été déclarée coupable de plusieurs meurtres commis à différents moments;

c) avant cette même entrée en vigueur, avait été déclarée coupable de plus d'une des infractions sexuelles visées au paragraphe (3) et, à la date de la demande, purge une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour l'une ou plusieurs de ces infractions.

16 This Court in *S.A.B.* considered language to the same effect contained in s. 487.05 and held that the reference to *ex parte* proceedings is not mandatory. The authorizing judge may require that notice be given in a suitable case "to ensure reasonableness and fairness in the circumstances" (para. 56). Section 487.055 should be read in the same way. It only permits but does not require an *ex parte* proceeding.

Dans l'arrêt *S.A.B.*, notre Cour s'est penchée sur le libellé semblable de l'art. 487.05 et a conclu que le recours à la procédure *ex parte* n'était pas obligatoire. Le juge saisi de la demande d'autorisation peut exiger qu'un préavis soit donné s'il l'estime opportun « afin de garantir le caractère juste et raisonnable des procédures dans les circonstances » (par. 56). L'article 487.055 doit être interprété de la même façon. Il ne fait que permettre, sans l'exiger, l'audition *ex parte*.

17 Mr. Rodgers argues that the very discretion to proceed *ex parte* contravenes the principles of fundamental justice guaranteed under s. 7 of the *Charter*. For reasons that I will give later, I reject this contention. Doherty J.A., in writing for the Court of Appeal for Ontario, also rejected this constitutional argument finding that the power to proceed *ex parte* where circumstances warrant, in and of itself, did not contravene the principles of fundamental justice (para. 32). He upheld the constitutional validity of the provision. However, he then proceeded to incorporate s. 7 *Charter* principles in his interpretation of the meaning of *ex parte* in s. 487.055 and concluded that it should be read as presumptively requiring an *inter partes* hearing. He reasoned as follows (at paras. 33 and 45-46):

M. Rodgers prétend que le pouvoir discrétionnaire même d'entendre la demande *ex parte* contrevient aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Pour les raisons que j'expose plus loin, je rejette cette prétention. Au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Doherty a également rejeté l'allégation d'inconstitutionnalité et conclu que le pouvoir d'entendre la demande *ex parte*, lorsque les circonstances le justifient, n'est pas contraire en soi aux principes de justice fondamentale (par. 32). Il a confirmé la constitutionnalité de la disposition. Toutefois, interprétant ensuite l'expression « *ex parte* » au regard des principes de l'art. 7 de la *Charte*, il a conclu qu'il fallait présumer que l'art. 487.055 exige une audition *inter partes*. Son raisonnement a été le suivant (par. 33, 45 et 46) :

The conclusion that s. 487.055 is not unconstitutional because it permits the judge to proceed *ex parte*,

[TRADUCTION] La conclusion selon laquelle l'art. 487.055 n'est pas inconstitutionnel du fait qu'il permet

does not place the manner in which the judge exercises that discretion in an individual case beyond the pale of constitutional review. The judge must exercise that discretion in a manner which is consistent with *Charter* principles and specifically in a manner which ensures that the individual's right to liberty and security of the person will not be denied except in accordance with the principles of fundamental justice: see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 150 C.C.C. (3d) 1, at pp. 1192-94 S.C.R., p. 53 C.C.C.

. . .

The discretion granted by s. 487.055(1) to proceed *ex parte* should be exercised in a manner that is consistent with *Charter* principles. Those principles require notice to the individual whose liberty and security of the person interests are potentially affected by the order unless the Crown can establish legitimate grounds (*e.g.* a real risk of flight) for proceeding without notice.

A judge hearing a s. 487.055(1) application should start from the assumption that the target of the application whose liberty and security of the person will be significantly affected if the order is granted should receive notice of the application. It is open to the Crown to rebut the presumption of notice with evidence that in the particular circumstances, notice could frustrate the process contemplated by s. 487.055. Evidence showing a real risk of flight if notice was given, would clearly justify a decision to proceed *ex parte*.

Since the material in support of the application under s. 487.055 failed to address the need to proceed *ex parte*, Doherty J.A. concluded that the authorizing judge had no jurisdiction to grant the order (at paras. 53-54):

Absent any justification for proceeding *ex parte*, the failure to give the appellants notice of the applications amounted to a denial of natural justice resulting in a loss of jurisdiction: *R. v. Compton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 163, 3 C.R. (3d) S7 (B.C.S.C.) at p. 165 C.C.C.

It is no answer to a finding that Glaude J. proceeded without jurisdiction, to argue, as the Crown does, that the orders were properly made. A "correct" result does not cure a loss of jurisdiction.

au juge d'entendre la demande *ex parte* ne met pas les modalités de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire dans un cas donné à l'abri d'un contrôle constitutionnel. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément aux principes consacrés par la *Charte* et, plus précisément, de manière qu'il ne soit porté atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 150 C.C.C. (3d) 1, p. 1192-1194 R.C.S., p. 53 C.C.C.

. . .

Le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 487.055(1) d'entendre la demande *ex parte* doit être exercé conformément aux principes consacrés par la *Charte*. Ces principes exigent qu'un préavis soit donné à l'intéressé lorsque son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne risque d'être touché par l'autorisation, à moins que le ministère public n'établisse l'existence de motifs valables d'agir sans préavis (p. ex., un risque réel de fuite).

Il incombe au juge saisi d'une demande fondée sur le par. 487.055(1) de présumer au départ qu'un préavis doit être donné à l'intéressé lorsque l'autorisation, si elle est accordée, portera sensiblement atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le ministère public peut réfuter cette présomption en établissant que, dans les circonstances de l'espèce, un préavis pourrait nuire à la procédure prévue à l'art. 487.055. La preuve d'un risque réel de fuite en cas de préavis justifierait clairement la décision d'entendre la demande *ex parte*.

Comme les documents produits à l'appui de la demande fondée sur l'art. 487.055 ne faisaient pas mention de la nécessité d'une audition *ex parte*, le juge Doherty a conclu que le juge n'avait pas compétence pour accorder l'autorisation (par. 53-54) :

[TRADUCTION] À défaut de motifs justifiant l'audition *ex parte*, l'omission de donner aux appelants un préavis de l'audition des demandes équivalait à un déni de justice naturelle faisant perdre sa compétence au tribunal : *R. c. Compton* (1978), 42 C.C.C. (2d) 163, 3 C.R. (3d) S7 (C.S.C.-B.), p. 165 C.C.C.

Il ne suffit pas, pour repousser la conclusion que le juge Glaude a agi sans compétence, de faire valoir, à l'instar du ministère public, que les ordonnances ont été correctement rendues. Une décision « correcte » ne remédie pas à une perte de compétence.

18 In my respectful view, Doherty J.A. effectively pre-empted any judicial review of the constitutional validity of the statutory provision by infusing *Charter* principles as part of the interpretative process. In doing so, he exceeded the proper limits of *Charter* values as an interpretative tool. It has long been accepted that courts should apply and develop common law rules in accordance with the values and principles enshrined in the *Charter*: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83, at para. 86; *R. v. Mann*, [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52, at paras. 17-19. However, it is equally well settled that, in the interpretation of a statute, *Charter* values as an interpretative tool can *only* play a role where there is a genuine ambiguity in the legislation. In other words, where the legislation permits two different, yet equally plausible, interpretations, each of which is equally consistent with the apparent purpose of the statute, it is appropriate to prefer the interpretation that accords with *Charter* principles. However, where a statute is not ambiguous, the court must give effect to the clearly expressed legislative intent and not use the *Charter* to achieve a different result. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 62, Iacobucci J., writing for a unanimous court, firmly reiterated this rule:

> . . . to the extent this Court has recognized a "*Charter* values" interpretive principle, such principle can *only* receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations. [Emphasis in original.]

19 If this limit were not imposed on the use of the *Charter* as an interpretative tool, the application of *Charter* principles as an overarching rule of statutory interpretation could well frustrate the legislator's intent in the enactment of the provision. Moreover, it would deprive the *Charter* of its more powerful purpose — the determination of the constitutional validity of the legislation: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 752; *Willick v.*

À mon humble avis, en intégrant au processus d'interprétation les principes consacrés par la *Charte*, le juge Doherty a anticipé tout contrôle constitutionnel de la disposition législative. Ce faisant, il n'a pas respecté le rôle que les valeurs de la *Charte* peuvent jouer en matière d'interprétation. Il est depuis longtemps admis que les tribunaux doivent appliquer et faire évoluer les règles de common law en conformité avec les valeurs et les principes consacrés par la *Charte* : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 184; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 675; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83, par. 86; *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52, par. 17-19. Cependant, il est également bien établi qu'une disposition législative *ne* peut être interprétée au regard des valeurs de la *Charte que* si elle comporte une ambiguïté véritable. En d'autres termes, lorsque la disposition législative se prête à deux interprétations différentes, mais également plausibles et compatibles avec l'objet apparent de la loi, il convient de préférer l'interprétation qui s'harmonise avec les principes de la *Charte*. Toutefois, lorsque la disposition n'est pas ambiguë, le tribunal doit donner effet à l'intention manifeste du législateur et s'abstenir de recourir à la *Charte* pour arriver à un résultat différent. Dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 62, par la voix du juge Iacobucci, notre Cour l'a fermement rappelé :

> . . . dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d'interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe [. . .] s'applique *uniquement* [. . .] en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre. [Souligné dans l'original.]

Si le recours à la *Charte* comme outil d'interprétation n'était pas ainsi restreint, l'application des principes qu'elle consacre, comme règle générale d'interprétation législative, pourrait bien contrecarrer l'intention du législateur. En outre, elle priverait la *Charte* de sa raison d'être plus fondamentale — la détermination de la constitutionnalité de la loi : *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 752; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670,

Willick, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 679-80; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 136-42; *Bell ExpressVu*, at paras. 60-66; *Charlebois v. Saint John (City)*, [2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74, at paras. 23-24.

There is no ambiguity here. The clear language of s. 487.055(1) indicates that Parliament intended to authorize *ex parte* applications under this section. There is no room to interpret the provision as presumptively requiring that applications be brought on notice. While the Court of Appeal was correct in stating that the judge who exercises a discretion pursuant to a constitutionally valid enactment must do so in a manner which is consistent with the *Charter* principles, that is a separate question from the question of statutory interpretation. By interpreting the provision so as to accord with its view of minimal constitutional norms, the Court of Appeal effectively trumped the constitutional analysis, rewrote the legislation, and deprived the government of the means of justifying, if need be, any infringement on constitutionally guaranteed rights.

The plain and unambiguous meaning of *ex parte* in s. 487.055(1) of the *Criminal Code* is just that — *ex parte*. The question left to be determined is whether it was constitutionally permissible for Parliament to choose this procedural route for retrospective applications.

4. Constitutional Issues

As indicated earlier, Mr. Rodgers argues that s. 487.055 is unconstitutional on three grounds: (a) it allows for an *ex parte* proceeding in the absence of any justification for denying fundamental procedural fairness contrary to s. 7 of the *Charter*; (b) it permits the seizure of a DNA sample from an individual without first establishing reasonable and probable grounds to link the individual to a particular unsolved crime contrary to s. 8 of the *Charter*; and (c) it punishes the offender again for a predicate offence and denies him the benefit of the lesser punishment in force at the time of his conviction contrary to ss. 11(*h*) and 11(*i*) of the *Charter*. The relevant *Charter* provisions read as follows:

p. 679-680; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136-142; *Bell ExpressVu*, par. 60-66; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, [2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74, par. 23-24.

Il n'y a aucune ambiguïté en l'espèce. Suivant le libellé clair du par. 487.055(1), le législateur entendait autoriser la demande *ex parte*. On ne peut présumer que la disposition exige un préavis. La Cour d'appel a eu raison d'affirmer que le juge qui exerce un pouvoir discrétionnaire en application d'une disposition législative constitutionnelle doit le faire en conformité avec les principes consacrés par la *Charte*, mais il en va différemment lorsqu'un tribunal est appelé à interpréter une disposition législative. En interprétant la disposition de façon qu'elle s'harmonise avec sa conception des normes constitutionnelles minimales, la Cour d'appel a de fait court-circuité l'analyse constitutionnelle, reformulé la loi et privé le gouvernement de la possibilité de justifier, au besoin, une atteinte à des droits garantis par la *Charte*. 20

L'expression « *ex parte* » employée au par. 487.055(1) du *Code criminel* est claire et non équivoque : en l'absence d'une partie. Reste à décider si la Constitution autorisait le législateur à choisir ce mode d'audition pour une demande à l'effet rétrospectif. 21

4. Questions constitutionnelles

Je l'ai déjà indiqué, M. Rodgers fait valoir que l'art. 487.055 est inconstitutionnel pour trois motifs : a) il autorise l'audition *ex parte* de la demande sans que l'atteinte au droit fondamental à l'équité procédurale ne soit justifiée, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*; b) il permet la saisie d'un échantillon de l'ADN d'une personne sans que ne soit établie au préalable l'existence de motifs raisonnables et probables de relier cette personne à un crime non résolu, contrairement à l'art. 8 de la *Charte*; c) il punit de nouveau le contrevenant pour une infraction sous-jacente et l'empêche de bénéficier de la peine la moins sévère prévue pour cette infraction au moment de sa déclaration de culpabilité, contrairement aux al. 11*h*) et *i*) de la *Charte*. Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* : 22

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

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

. . .

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*h*) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

(*i*) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

23 The Crown contends that the constitutional analysis on both grounds (a) and (b) should be conducted under s. 8, not because s. 7 is not triggered, but because s. 8 provides a more specific and complete illustration of the s. 7 right in this particular context, making any s. 7 analysis redundant. I agree. Mr. Rodgers' *ex parte* argument concerns the procedural fairness of the very process that authorizes the seizure. In these circumstances, the question is necessarily encompassed in the s. 8 assessment of reasonableness and is more properly considered in that context. As we shall see, what is fair depends entirely on the context. This Court described the rapport between s. 8 and principles of fundamental justice in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, where the interests at play were the right to make full answer and defence and the complainant's privacy right. This Court stated as follows (at para. 88):

Given that s. 8 protects a person's privacy by prohibiting unreasonable searches or seizures, and given that s. 8 addresses a particular application of the principles of fundamental justice, we can infer that a reasonable search or seizure is consistent with the principles

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

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

. . .

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

Le ministère public soutient que pour les deux premiers motifs d'inconstitutionnalité allégués (a) et b)), l'analyse devrait se fonder sur l'art. 8, non pas parce que l'art. 7 n'entre pas en jeu, mais parce que l'art. 8 illustre de manière plus précise et complète le droit garanti à l'art. 7 dans le contexte considéré en l'espèce, ce qui rend superflue toute analyse axée sur l'art. 7. Je suis de cet avis. La prétention de M. Rodgers relative à l'audition *ex parte* touche à l'équité de la procédure d'autorisation de la saisie. Partant, la question soulevée est forcément comprise dans l'appréciation du caractère abusif ou non de la mesure, suivant l'art. 8, et mieux vaut l'examiner sous cet angle. Nous le verrons, l'équité dépend entièrement du contexte. Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, portant sur le droit à une défense pleine et entière et le droit à la vie privée de la plaignante, notre Cour a précisé le lien entre l'art. 8 et les principes de justice fondamentale (par. 88) :

Étant donné que l'art. 8 garantit le droit à la vie privée d'une personne en interdisant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, et étant donné que cet article vise une application particulière des principes de justice fondamentale, nous pouvons en déduire qu'une

of fundamental justice. Moreover, as we have already discussed, the principles of fundamental justice include the right to make full answer and defence. Therefore, a reasonable search and seizure will be one that accommodates both the accused's ability to make full answer and defence and the complainant's privacy right.

In my view, the same reasoning applies here. I will therefore deal with grounds (a) and (b) under the s. 8 analysis and then consider s. 11.

5. Section 8

5.1 *The Right to Be Secure Against Unreasonable Search or Seizure*

There is no question that the taking of bodily samples for DNA analysis without the person's consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. An individual's right to be secure against search and seizure, however, is not absolute. Section 8 only protects against "unreasonable" searches or seizures. To state it in the positive, s. 8 protects reasonable expectations of privacy. This Court has held that for a search to be reasonable: (a) it must be authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 25). We are only concerned here with the second requirement, the reasonableness of the authorizing provision itself.

The notion of what is "reasonable", by its very nature, must be assessed in context. This Court in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, reiterated the need for a flexible and purposive test. Wilson J. stated (at p. 645):

> Since individuals have different expectations of privacy in different contexts and with regard to different kinds of information and documents, it follows that the standard of review of what is "reasonable" in a given context must be flexible if it is to be realistic and meaningful.

fouille, perquisition ou saisie non abusive est conforme aux principes de justice fondamentale. De plus, comme nous l'avons vu, les principes de justice fondamentale incluent le droit à une défense pleine et entière. Par conséquent, la fouille, perquisition ou saisie non abusive est celle qui tient compte à la fois de la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et du droit à la vie privée du plaignant.

24 À mon sens, le même raisonnement vaut en l'espèce. J'examinerai donc les motifs a) et b) au regard de l'art. 8, puis je me pencherai sur l'art. 11.

5. Article 8

5.1 *Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives*

25 Il ne fait aucun doute que le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Le droit d'une personne à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies n'est cependant pas illimité. L'article 8 ne protège que contre la fouille, la perquisition ou la saisie « abusive ». D'un point de vue positif, il protège les attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée. Notre Cour a conclu qu'une fouille ou une perquisition n'est pas abusive lorsqu'elle satisfait à trois conditions : a) elle est autorisée par la loi, b) qui elle-même n'est pas abusive et c) elle n'est pas effectuée de manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 25). Seule la deuxième condition nous intéresse en l'espèce, soit celle du caractère non abusif de la disposition habilitante.

26 De par sa nature, le caractère non abusif (ou « raisonnable ») doit être apprécié dans le contexte. Dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, notre Cour a rappelé la nécessité d'un critère souple et téléologique. Voici ce que la juge Wilson a dit (p. 645) :

> Puisque les attentes des gens en matière de protection de leur vie privée varient selon les circonstances et les différents genres de renseignements et de documents exigés, il s'ensuit que la norme d'examen de ce qui est « raisonnable » [non abusif] dans un contexte donné doit être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens.

27 Hence any assessment of reasonableness requires a balancing of the relevant competing interests. In the seminal case of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60, Dickson J. described the s. 8 test as follows:

> [A]n assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

Where the constitutional line of "reasonableness" will be drawn then becomes a function of both the importance of the state objective and the degree of impact on the individual's privacy interest. As we shall see, the parties take diametrically opposed positions on where the line should be drawn, each supporting their arguments on very different views of the competing state and individual interests at stake.

5.2 *The Parties' Positions*

28 Mr. Rodgers argues that the primary purpose of the DNA data bank is narrow — it is intended to assist law enforcement authorities to link suspects to unsolved crimes. He relies more particularly on s. 4(*a*) of the *DNA Identification Act* which recognizes and declares that "the protection of society and the administration of justice are well served by the early detection, arrest and conviction of offenders, which can be facilitated by the use of DNA profiles". He submits that s. 487.055 was enacted in furtherance of this objective as an investigative tool used by the state to gather evidence for potential use in future criminal proceedings.

29 Mr. Rodgers relies on the well-established constitutional threshold for subordinating the interests of the individual to the interests of the state in crime investigations. Although the test admits of exceptions, this Court in *Hunter* established three criteria to which searches and seizures must generally

En conséquence, l'appréciation du caractère non abusif exige la mise en balance des intérêts concurrents en jeu. Dans l'arrêt de principe *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160, le juge Dickson a décrit le critère d'application de l'art. 8 :

> [I]l faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

Reste à savoir où se situe la ligne de démarcation constitutionnelle entre ce qui est abusif et ce qui ne l'est pas, ce qui dépend de l'importance de l'objectif de l'État et de l'incidence de la mesure sur le droit à la vie privée de l'intéressé. Nous le verrons, les parties défendent des thèses diamétralement opposées à cet égard, l'argumentation de chacune s'appuyant sur une conception très différente des intérêts concurrents en jeu — ceux de l'État et ceux du particulier.

5.2 *Les thèses défendues par les parties*

M. Rodgers soutient que l'objectif principal de la banque de données génétiques est restreint — aider les autorités chargées du contrôle d'application de la loi à relier des suspects à des crimes non résolus. Il invoque plus particulièrement l'al. 4*a*) de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, qui reconnaît et proclame que « la protection de la société et l'administration de la justice sont bien servies par la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, lesquelles peuvent être facilitées par l'utilisation de profils d'identification génétique ». Il prétend que l'art. 487.055 a été adopté aux fins de réaliser cet objectif et de permettre à l'État de recueillir des éléments de preuve susceptibles d'être utilisés lors de poursuites criminelles ultérieures.

M. Rodgers invoque le point bien établi à partir duquel, suivant la Constitution, les droits du particulier doivent céder le pas à ceux de l'État en matière d'enquêtes criminelles. Même si la règle souffre des exceptions, dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a énoncé trois critères auxquels une fouille,

conform in order to meet the reasonableness standard mandated by s. 8 in that context. First, where possible, the search and seizure must have been approved by prior authorization. This "puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual" (p. 160) and thus ensures that unjustified searches will be prevented before they occur. Second, the person authorizing the search must be "capable of acting judicially" (p. 162) in assessing in a neutral and impartial fashion whether a search is appropriate in the circumstances. Finally, the interests of the individual will yield to the interests of the state where there are reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that evidence of this is to be found through the search or seizure. The Court identified this threshold as "the point where credibly-based probability replaces suspicion" (p. 167). The Court added that "[h]istory has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement" (pp. 167-68).

The first two criteria are met but Mr. Rodgers submits that s. 487.055 fails to meet the minimal constitutional norm because it does not require the establishment of reasonable and probable grounds to believe that a particular offence has been committed and that the taking of a DNA sample from the convicted offender may afford evidence of that offence. By this argument, he effectively assimilates s. 487.055 to the DNA warrant provisions contained in the *Criminal Code* that allow for DNA sampling from a suspect based on the *Hunter* credibly based probability standard. He concedes that if his argument is accepted and this norm is adopted, the entire legislative scheme allowing for the collection of DNA samples from convicted offenders for data bank purposes would become redundant. All DNA samples would have been obtained under the authority of a search warrant obtained for investigative purposes in respect of a particular offence.

une perquisition ou une saisie doit généralement satisfaire pour ne pas être abusive au sens de l'art. 8 dans ce contexte. Premièrement, dans la mesure du possible, la fouille, la perquisition ou la saisie doit avoir été autorisée au préalable, ce qui « impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier » (p. 160) et garantit contre le risque de fouille ou de perquisition injustifiée. Deuxièmement, la personne qui autorise la fouille ou la perquisition doit être « en mesure d'agir de façon judiciaire » (p. 162) et d'apprécier de manière impartiale si les circonstances justifient la mesure. Enfin, les droits du particulier cèdent le pas à ceux de l'État lorsque, selon une déclaration sous serment, il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que la fouille, la perquisition ou la saisie permettra de prouver sa perpétration. Notre Cour a fait correspondre ce point au moment à partir duquel « les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité » (p. 168). Elle a ajouté que « [l]'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de [. . .] vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi » (p. 168).

30 Les deux premiers critères sont remplis, mais M. Rodgers fait valoir que l'art. 487.055 ne satisfait pas à la norme constitutionnelle minimale en ce qu'il n'exige pas du demandeur qu'il établisse l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que le prélèvement d'un échantillon de l'ADN du condamné pourrait prouver sa perpétration. M. Rodgers assimile en fait l'art. 487.055 aux dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN qui permettent le prélèvement d'échantillons de l'ADN d'un suspect selon la norme de la probabilité fondée sur la crédibilité énoncée dans l'arrêt *Hunter*. Il concède que s'il était fait droit à sa prétention et que cette norme était retenue, l'ensemble du régime législatif permettant de soumettre les condamnés au prélèvement d'échantillons d'ADN destinés à la banque de données génétiques n'aurait plus de raison d'être. Tout échantillon d'ADN devrait être obtenu en vertu d'un mandat de perquisition décerné aux fins d'une enquête sur une infraction précise.

31 Mr. Rodgers submits that there is no justification for a less exacting standard where DNA samples are sought from convicted offenders for collection in the DNA data bank. He does not dispute the fact that there is a reduced expectation of privacy after arrest and even further when serving a sentence after conviction. He argues however that this is not conclusive in this case and that offenders retain subsisting privacy rights despite the reduced expectation of privacy. Lastly, he submits that an individual's subsisting privacy interests are especially high upon completion of his or her sentence.

32 The Crown argues that the state's purpose in collecting DNA samples for inclusion in the national data bank is not focussed on a particular investigation in respect of a specific crime. The purpose of the legislative scheme is much broader and was correctly articulated by Weiler J.A. in *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.), at para. 22, who defined it as follows:

> In this case, the state's interest is not simply one of law enforcement *vis-à-vis* an individual — it has a much broader purpose. The DNA data bank will: (1) deter potential repeat offenders; (2) promote the safety of the community; (3) detect when a serial offender is at work; (4) assist in solving cold crimes; (5) streamline investigations; and most importantly, (6) assist the innocent by early exclusion from investigative suspicion (or in exonerating those who have been wrongfully convicted).

The Crown submits that the appropriate analogy is not to investigative search warrants but to fingerprinting as a means of identifying offenders. The Crown relies on *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, where this Court, in a unanimous judgment, upheld the constitutional validity of the provisions of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, and the *Criminal Code* which permit the post-arrest, pre-conviction taking of fingerprints, photographs and other identification measurements as approved by regulation, without any prior judicial authorization. The Court rejected the constitutional challenge having particular regard to the

Selon M. Rodgers, rien ne justifie l'application d'une norme moins stricte à la demande de soumettre un condamné au prélèvement d'un échantillon d'ADN destiné à la banque de données génétiques. Il ne nie pas que les attentes en matière de vie privée diminuent après une arrestation, et plus encore après une déclaration de culpabilité, lorsque la personne purge sa peine d'emprisonnement. Il soutient toutefois que cela n'est pas déterminant en l'espèce et que le contrevenant conserve un certain droit à la protection de sa vie privée malgré ses attentes réduites en la matière. Enfin, il prétend que ce droit est particulièrement grand une fois sa peine purgée.

Le ministère public fait valoir que l'État ne prélève pas d'échantillons d'ADN destinés à la banque nationale de données génétiques pour les besoins d'une enquête relative à un crime en particulier. L'objectif du régime législatif, beaucoup plus général, a été énoncé avec justesse par le juge Weiler dans l'arrêt *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Ont.), par. 22 :

> [TRADUCTION] Dans le cas qui nous occupe, l'intérêt de l'État ne réside pas seulement dans l'application de la loi à un particulier — l'objectif est beaucoup plus général. La banque de données génétiques (1) dissuadera la récidive éventuelle, (2) favorisera la sécurité de la collectivité, (3) permettra de détecter la perpétration d'infractions en série, (4) contribuera à résoudre de vieux crimes jamais résolus, (5) simplifiera les enquêtes et, surtout, (6) permettra aux personnes innocentes d'être disculpées au tout début de l'enquête (ou aux victimes d'erreurs judiciaires d'être innocentées).

Le ministère public soutient que l'analogie doit être faite non pas avec le mandat de perquisition décerné dans le cadre d'une enquête, mais avec la prise des empreintes digitales pour identifier un contrevenant. Il invoque à l'appui l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, où notre Cour a confirmé à l'unanimité la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, ch. I-1, et du *Code criminel* permettant, après l'arrestation mais avant la déclaration de culpabilité, la prise d'empreintes digitales, de photographies et de mensurations conformément au règlement, sans autorisation judiciaire préalable. Notre Cour

important societal interest in identifying offenders, the arrested person's lower expectation of privacy, and the lack of any significant aggravation to the intrusion of privacy. Given that DNA profiling is just a more sophisticated, modern, efficient and reliable means of gathering identification evidence than traditional fingerprinting, the Crown takes the position that "*neither* s. 7 nor s. 8 of the *Charter* require even prior judicial authorization, let alone a full hearing on notice, to permit the routine and minimally intrusive taking of bodily samples from *the most dangerous convicted offenders in Canada*, so long as such samples are used solely for identification purposes" (appellant's factum, at para. 53 (emphasis in original)).

a rejeté la contestation constitutionnelle compte tenu, tout particulièrement, du grand intérêt qu'a la société à identifier les contrevenants, de la diminution des attentes en matière de vie privée d'une personne sous garde et de l'absence d'aggravation notable de l'atteinte à la vie privée. La technique des empreintes génétiques n'étant, par rapport à la traditionnelle prise des empreintes digitales, qu'un moyen plus perfectionné, moderne, efficace et fiable d'obtenir une preuve d'identification, le ministère public fait valoir que [TRADUCTION] « *ni* l'art. 7 *ni* l'art. 8 de la *Charte* n'exigent une autorisation judiciaire préalable, et encore moins la tenue d'une audience en bonne et due forme après signification d'un préavis, pour le prélèvement usuel et peu attentatoire d'échantillons de substances corporelles sur *les condamnés les plus dangereux au Canada*, à condition que les échantillons ne soient utilisés qu'à des fins d'identification » (mémoire de l'appelante, par. 53 (en italique dans l'original)).

Mr. Rodgers strongly disputes that any such analogy is appropriate, arguing that the potential impact on the privacy of the individual is far more significant with DNA sampling than with fingerprinting. He describes the greater potential impact as follows (at para. 55 of his factum):

> Fingerprints only provide evidence of the identity of a person and the unique pattern of a finger's skin. In contrast, DNA goes beyond criminal identification purposes and reveals an incredible amount of personal information about an individual including, but by no means limited to, his or her relationship to other persons, ethnic traits, physical characteristics, and medical conditions. The type of personal information that can be revealed by DNA will only expand as scientists continue their research in the area of the human genome. The fact that the DNA profiles loaded into the DNA Data Bank contain only non-coding portions of an individual's DNA is of no import since the *DNA Identification Act* mandates the permanent retention of bodily samples seized pursuant to s. 487.055. Thus, the state retains in its possession *all* genetic information that can be derived from an individual's DNA. [Emphasis in original.]

33

M. Rodgers conteste fermement qu'une telle analogie soit appropriée et prétend que l'effet possible du prélèvement d'échantillons d'ADN sur la vie privée est beaucoup plus important que celui de la prise des empreintes digitales. Voici ce qu'il dit au par. 55 de son mémoire :

> [TRADUCTION] Les empreintes digitales fournissent uniquement une preuve de l'identité d'une personne et les caractéristiques uniques de la peau d'un doigt. L'ADN, par contre, déborde le cadre de l'identification criminelle et révèle une quantité incroyable de renseignements sur la personne, dont sa relation avec autrui, ses traits ethniques, ses caractéristiques physiques et son état de santé. La gamme des renseignements personnels pouvant être obtenus au moyen de l'ADN ne peut que s'accroître avec la poursuite des recherches sur le génome humain. Il importe peu que les profils d'identification versés dans la banque de données génétiques ne contiennent que des parties non codantes de l'ADN de la personne puisque la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* prescrit la conservation indéfinie des échantillons de substances corporelles saisis en application de l'art. 487.055. L'État reste donc en possession de *toutes* les données génétiques obtenues à partir d'un échantillon d'ADN. [Souligné dans l'original.]

Given this significant privacy interest, Mr. Rodgers submits that, not only is the prior judicial authorization necessary but, absent individualized evidence

Vu l'importance du droit à la vie privée qui est en jeu, M. Rodgers prétend non seulement qu'une autorisation judiciaire préalable est nécessaire,

that the subject will either flee or that evidence will be destroyed, there can be no justification for hearing s. 487.055 applications *ex parte*. Unlike the situation with investigative applications for a DNA warrant, surprise and secrecy are not essential — the subject of the application is either in prison or, if under some form of release, will be compelled by summons to attend for sampling. Further, the time and resources needed to litigate an *inter partes* hearing is not a significant factor and cannot amount to a justification for denying the offender the right to be heard. Mr. Rodgers therefore takes the position that the procedure contemplated under s. 487.055 is fundamentally unfair contrary to s. 7 of the *Charter*.

34 For reasons that follow, I am unable to accept Mr. Rodgers' position.

5.3 *The Hunter Criteria Not Applicable*

35 There is no question that, absent exceptional circumstances, where the government has embarked upon a criminal investigation and is seeking evidence to substantiate an investigative theory, the individualized credibly based probability standard established in *Hunter* will be the constitutional norm. The fact that the suspect is a convicted offender may form part of the reasonable and probable grounds advanced in support of the authorization, but it does not change the threshold that must be met. It is important to note, however, that this Court in *Hunter* itself recognized that this individualized credibly based probability standard may vary depending on the context (p. 168). Even within the narrow compass of criminal investigative activity, exceptions to the requirements of reasonable grounds to believe and prior judicial authorization have been recognized. For example, in the context of customs border searches, this Court concluded that the *Hunter* criteria for assessing the reasonableness of a search for the purposes of s. 8 were inapplicable: see *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652. See also *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, on the common law power to search incidental to arrest, and *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R.

mais aussi qu'à défaut d'une preuve que l'intéressé se soustraira à la justice ou que des éléments de preuve seront détruits, rien ne peut justifier que la demande visée à l'art. 487.055 soit entendue *ex parte*. Contrairement à la demande d'un mandat ADN pour les besoins d'une enquête, la surprise et le secret ne sont pas essentiels : la personne visée par la demande est en prison ou, si elle bénéficie d'une mise en liberté, elle sera sommée de se présenter pour subir le prélèvement. De plus, le temps et les ressources nécessaires à la tenue d'une audience *inter partes* importent peu et ne sauraient priver le contrevenant du droit d'être entendu. M. Rodgers est donc d'avis que la procédure prévue à l'art. 487.055 est fondamentalement inéquitable, contrairement à l'art. 7 de la *Charte*.

Pour les motifs qui suivent, je ne peux faire droit aux prétentions de M. Rodgers.

5.3 *Inapplicabilité des critères de l'arrêt Hunter*

Il est indubitable que, sauf circonstances exceptionnelles, lorsque l'État a ouvert une enquête criminelle et qu'il tente d'obtenir des éléments de preuve confirmant ses soupçons, le critère individuel de la probabilité fondée sur la crédibilité, établi dans l'arrêt *Hunter*, correspond à la norme constitutionnelle. Le fait que le suspect est un condamné peut faire partie des motifs raisonnables et probables invoqués à l'appui de la demande d'autorisation, mais cela ne change rien au critère auquel il faut satisfaire. Signalons toutefois que, dans l'arrêt *Hunter*, notre Cour a reconnu elle-même que ce critère individuel de la probabilité fondée sur la crédibilité pouvait varier selon les circonstances (p. 168). Même dans le contexte restreint d'une enquête criminelle, des exceptions à l'exigence de motifs raisonnables de croire et à celle d'une autorisation judiciaire préalable ont été admises. Dans le contexte d'une fouille à un poste-frontière, par exemple, notre Cour a conclu à l'inapplicabilité des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* pour apprécier le caractère abusif ou non de la mesure au sens de l'art. 8 : voir *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. Voir également *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S.

223, on warrantless searches in circumstances of urgency. As I will explain, the *Hunter* criteria are not applicable in this context either.

The DNA *warrant* provisions are akin to the other warrant provisions contained in the *Criminal Code*. They allow for the gathering of evidence from a suspected offender in respect of an investigation into a specific offence. Those provisions fall clearly within the scope of the *Hunter* paradigm. The subject of the proposed search and seizure, whether or not he or she is a convicted offender, has the constitutional right to be left alone by law enforcement authorities unless and until there are reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found by means of the DNA sampling and analysis. The constitutional validity of these provisions was reviewed and upheld by this Court in *S.A.B.*

Unlike the warrant provisions, the DNA *data bank* provisions do not target suspected offenders in respect of particular offences. Rather, they target offenders who have been convicted of different categories of offences. They do not provide for the gathering of evidence for use in a specific prosecution. Rather, they provide for the collection of samples solely for the purpose of creating DNA profiles for inclusion in the data bank. In any future investigation, a comparison between DNA evidence obtained at a crime scene and the data bank DNA profile will either serve to exonerate or identify a suspect. However, if a crime scene DNA profile matches an existing profile in the data bank, the sample is not released. Usual investigative methods, including DNA warrants, must be resorted to in order to gather evidence in pursuit of the investigation. Dr. Fourney describes the procedure as follows:

51, quant au pouvoir conféré par la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation, et *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, relativement à la perquisition sans mandat en situation d'urgence. Comme je l'explique plus loin, les critères de l'arrêt *Hunter* ne s'appliquent pas dans le présent contexte non plus.

36 Les dispositions régissant le *mandat* ADN s'apparentent aux autres dispositions du *Code criminel* sur les mandats de perquisition. Elles permettent d'obtenir d'un suspect des éléments de preuve pour les besoins d'une enquête sur une infraction donnée. Le modèle de l'arrêt *Hunter* s'applique clairement à ces dispositions. La personne visée par la fouille, la perquisition ou la saisie projetée, qu'elle soit ou non un condamné, a le droit constitutionnel de ne pas être importunée par les autorités chargées du contrôle d'application de la loi, sauf motifs raisonnables et probables de croire, selon une déclaration sous serment, qu'une infraction a été commise et que le prélèvement d'échantillons d'ADN et leur analyse fourniront des éléments de preuve. Dans l'arrêt *S.A.B.*, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de ces dispositions.

37 Contrairement aux dispositions sur les mandats de perquisition, celles relatives au prélèvement d'échantillons destinés à la *banque de données* génétiques ne visent pas les personnes soupçonnées d'une infraction, mais bien celles déclarées coupables de différentes catégories d'infractions. Elles ne permettent pas l'obtention d'éléments de preuve pour les besoins d'une poursuite. Elles prévoient plutôt le prélèvement d'échantillons à la seule fin d'établir des profils d'identification génétique destinés à la banque de données. Lors d'une enquête ultérieure, la comparaison des éléments de preuve génétique recueillis sur le lieu du crime avec les profils d'identification génétique contenus dans la banque de données permettra de disculper ou d'identifier un suspect. Toutefois, lorsqu'il y a correspondance, l'échantillon ne sera pas remis aux enquêteurs. Il leur faudra recourir aux méthodes habituelles, dont l'obtention d'un mandat ADN, pour recueillir des éléments de preuve et faire progresser l'enquête. Le D[r] Fourney décrit la procédure comme suit :

14. Whenever a new DNA profile is entered into one of the indices, the data bank looks to see if it matches an existing profile in either of the indices. Where there is a match or "hit", the data bank notifies the Canadian Police Services Information Centre (CPSIC) who can then match the SUN with the identity of the donor. CPSIC has no access to the DNA profile, but has the ability to decode the SUN to determine the identity of the donor. When there is a "hit" CPSIC informs the laboratory that generated the crime scene profile that there has been a match between that crime scene sample and a particular individual. At no time is the sample or profile released to anyone outside the data bank. Instead, local investigators use traditional investigative methods, including DNA warrants, to further their investigation. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] 14. Lorsqu'un nouveau profil d'identification génétique est introduit dans l'un des fichiers, une recherche est lancée pour vérifier s'il correspond à un profil contenu dans l'un ou l'autre des fichiers. Le cas échéant, un avis est transmis au Centre d'information des services canadiens de police (CISCP), qui peut alors établir une correspondance entre le SUN et l'identité du donneur. Le CISCP n'a pas accès au profil d'identification génétique, mais il peut décoder le SUN pour déterminer l'identité du donneur. Le CISCP informe le laboratoire qui a établi le profil à partir d'un échantillon prélevé sur le lieu du crime qu'une correspondance a été établie entre cet échantillon et une personne en particulier. La banque de données ne remet jamais l'échantillon ou le profil à une personne de l'extérieur. Les enquêteurs chargés du dossier doivent plutôt avoir recours aux méthodes d'enquête traditionnelles, y compris le mandat ADN, pour faire progresser l'enquête. [Je souligne.]

38 In my view, in considering the purpose of the DNA data bank provisions, the appropriate analogy is to fingerprinting and other identification measures taken for law enforcement purposes. The purpose of the legislative scheme is expressly set out in s. 3 of the *DNA Identification Act* — "to help law enforcement agencies identify persons alleged to have committed designated offences, including those committed before the coming into force of this Act". The DNA data bank provisions contained in the *DNA Identification Act* and the *Criminal Code* are intended to put modern DNA technology to use in the identification of potential and known offenders. The *DNA Identification Act* is a modern supplement to the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1985, c. I-1, which provides as follows:

Vu l'objet des dispositions relatives à la banque de données génétiques, j'estime que l'analogie doit se faire avec la prise des empreintes digitales et les autres mesures d'identification liées à l'application de la loi. L'objet du régime législatif est expressément énoncé à l'art. 3 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* — « aider les organismes chargés du contrôle d'application de la loi à identifier les auteurs présumés d'infractions désignées, y compris de celles commises avant l'entrée en vigueur de la présente loi ». Les dispositions relatives à la banque de données génétiques de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* et du *Code criminel* visent à mettre les nouvelles techniques d'analyse génétique au service de l'identification des contrevenants connus ou éventuels. La *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* se veut le complément moderne de la *Loi sur l'identification des criminels*, L.R.C. 1985, ch. I-1, qui prévoit ce qui suit :

2. (1) The following persons may be fingerprinted or photographed or subjected to such other measurements, processes and operations having the object of identifying persons as are approved by order of the Governor in Council:

2. (1) Est autorisée la prise des empreintes digitales, des photographies et de toute autre mensuration — ainsi que toute autre opération anthropométrique approuvée par décret du gouverneur en conseil — sur les personnes suivantes :

. . .

Section 2 goes on to identify classes of persons charged and convicted of particular offences who are subject to the identification process. It is beyond

L'article 2 définit ensuite les catégories de personnes inculpées ou déclarées coupables d'infractions auxquelles s'appliquent les mesures

dispute that DNA sampling is a far more powerful identification tool than fingerprinting. Therein lies the heightened societal interest in adding this modern technology to the arsenal of identification tools.

I am also of the view that a useful analogy can be drawn between DNA sampling and fingerprinting in considering the impact on the privacy interest of the concerned individuals. DNA sampling impacts on the privacy interest of the subject in two ways: it interferes with the bodily integrity of the person and it engages the informational component of privacy. With respect to the first, it is not disputed that the degree of offence to the physical integrity of the person is relatively modest and Mr. Rodgers takes no serious issue with this component of the privacy interest. The impact of DNA sampling on the physical security of the person was considered fully in *S.A.B.* and, the Court concluded that "the statutory framework alleviates any concern that the collection of DNA samples pursuant to a search warrant under ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* constitutes an intolerable affront to the physical integrity of the person" (para. 47). The same statutory framework governs the taking of samples pursuant to DNA data bank orders and raises no greater constitutional concern in respect of the physical security of the person than does fingerprinting or the other identification procedures considered in *Beare*.

The potential impact on the informational component of privacy, however, is far more significant. It was also discussed in *S.A.B.* and the Court recognized that "[t]here is undoubtedly the highest level of personal and private information contained in an individual's DNA" (para. 48). It is mainly for that reason that Mr. Rodgers submits that the analogy to fingerprinting does not assist in assessing the constitutionality of the DNA data bank regime. Mr. Rodgers correctly notes that DNA can reveal personal information that goes far beyond the identity of the person. However, his argument ignores

d'identification. Il est incontestable que l'analyse génétique est un moyen d'identification beaucoup plus performant que la comparaison des empreintes digitales, d'où le plus grand intérêt de la société à l'ajouter aux outils dont elle dispose en la matière.

39 Je suis également d'avis qu'une analogie peut être faite entre le prélèvement d'échantillons d'ADN et la prise des empreintes digitales au regard des effets sur le droit à la vie privée des intéressés. Le prélèvement d'échantillons d'ADN a deux effets : il porte atteinte à l'intégrité physique de la personne et il met en jeu la protection des renseignements personnels. En ce qui concerne le premier effet, nul ne conteste que l'atteinte à l'intégrité physique est relativement minime, et M. Rodgers ne s'élève pas vraiment contre le non-respect de cet élément de son droit à la vie privée. L'incidence du prélèvement d'échantillons d'ADN sur la sécurité physique de la personne a été dûment considérée dans l'arrêt *S.A.B.*, où notre Cour a conclu que « le cadre législatif dissipe toute crainte que le prélèvement d'échantillons d'ADN en application d'un mandat de perquisition décerné sous le régime des art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel* constitue une atteinte intolérable à l'intégrité physique de la personne » (par. 47). Le prélèvement d'échantillons d'ADN en application de l'autorisation considérée en l'espèce est régi par le même cadre législatif et sa constitutionnalité n'est pas davantage sujette à caution que celle de la prise des empreintes digitales ou de quelque autre mesure d'identification considérée dans l'arrêt *Beare* pour ce qui est de la sécurité physique de la personne.

40 Par contre, l'effet possible sur les renseignements personnels est beaucoup plus important. Il en a aussi été question dans l'arrêt *S.A.B.*, et notre Cour a reconnu qu'« [i]l ne fait aucun doute que l'ADN d'une personne renferme, au plus haut degré, des renseignements personnels et privés » (par. 48). C'est principalement pour cette raison, selon M. Rodgers, que l'analogie avec la prise des empreintes digitales ne permet aucunement d'apprécier la constitutionnalité des dispositions relatives à la banque de données génétiques. M. Rodgers a raison de signaler que l'ADN peut révéler des

the legislative provisions enacted in furtherance of the statement of principle contained in s. 4 of the *DNA Identification Act* where Parliament expressly recognizes and declares that safeguards must be placed to protect the privacy of individuals. These safeguards, described earlier in this judgment, strictly limit the use that can be made of samples obtained for inclusion in the data bank to the comparison of offender profiles with crime scene profiles for *identification* only.

41 Given this analogy between DNA sampling and fingerprinting, I agree with the Crown that this Court's analysis in *Beare* is instructive. Similar arguments to those raised on this appeal were made in *Beare* where the requirement that a person appear for fingerprinting under the *Identification of Criminals Act* following a charge but before conviction was challenged on the ground that it contravened ss. 7, 8, 9, 10, 11(*c*) and 11(*d*) of the *Charter*. The impact on the privacy interest of the person resulting from being subjected to fingerprinting, observation, photographing, and other measurements was considered as part of the Court's s. 7 analysis. The Court rejected the constitutional challenge based, in part, on the following reasoning (at p. 413):

> It seems to me that a person who is arrested on reasonable and probable grounds that he has committed a serious crime, or a person against whom a case for issuing a summons or warrant, or confirming an appearance notice has been made out, must expect a significant loss of personal privacy. He must expect that incidental to his being taken in custody he will be subjected to observation, to physical measurement and the like. Fingerprinting is of that nature. While some may find it distasteful, it is insubstantial, of very short duration, and leaves no lasting impression. There is no penetration into the body and no substance is removed from it.

renseignements personnels qui vont bien au-delà de l'identité de la personne. Sa prétention ne tient cependant pas compte des dispositions législatives adoptées pour donner effet à l'énoncé de principe figurant à l'art. 4 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*. Le législateur y reconnaît et y proclame expressément que la vie privée des particuliers doit faire l'objet de protections. Décrites précédemment, les mesures de protection établies font en sorte que les échantillons destinés à la banque de données servent uniquement à la comparaison du profil d'un contrevenant avec ceux contenus dans le fichier de criminalistique, aux fins d'*identification* seulement.

Vu cette analogie entre le prélèvement d'échantillons d'ADN et la prise des empreintes digitales, je conviens avec le ministère public de la pertinence de l'analyse à laquelle s'est livrée notre Cour dans l'arrêt *Beare*. Dans cette affaire, les prétentions des parties s'apparentaient à celles formulées en l'espèce. L'obligation d'une personne de se présenter pour que soient prises ses empreintes digitales en application de la *Loi sur l'identification des criminels*, après sa mise en accusation, mais avant sa déclaration de culpabilité, y était contestée sur le fondement des art. 7, 8, 9 et 10 de la *Charte* et de ses al. 11*c*) et *d*). L'effet sur la vie privée de la mise sous observation ainsi que de la prise des empreintes digitales, de photographies et de toute autre mensuration a été considéré au regard de l'art. 7. Notre Cour a rejeté la contestation constitutionnelle, et son raisonnement a en partie été le suivant (p. 413) :

> Il me semble que, lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'il y a des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis un crime grave ou lorsqu'il a été démontré qu'il y a lieu de délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation ou de confirmer une citation à comparaître, l'intéressé doit s'attendre à une atteinte importante à sa vie privée. Il doit s'attendre à ce qu'en corollaire à sa mise sous garde, il sera mis sous observation et devra se soumettre à la prise de mensurations, etc. La prise des empreintes digitales est de cette nature. Certains peuvent évidemment trouver le procédé déplaisant, mais il est anodin, ne prend que très peu de temps et ne laisse aucune séquelle durable. Rien n'est introduit dans le corps et il n'en est prélevé aucune substance.

I am unable to accept that a provision providing for fingerprinting as an incident of being taken into custody for a serious crime violates the principles of fundamental justice. While a search of one's premises requires a prior authorization based on reasonable and probable grounds to believe both that the offence has been committed and that evidence will be found, the custodial fingerprinting process is entirely different. It involves none of the probing into an individual's private life and effects that mark a search.

Apart from this, the invasion of privacy on arrest on reasonable and probable grounds is a far more serious violation of the right to privacy. It is not significantly aggravated by the taking of the fingerprints of the person in custody. As already mentioned, there are many cases where the United States courts, including the Supreme Court, have refused to accord constitutional protection against a general discretion in the police to take fingerprints from persons in custody; see Moenssens, *supra*, at pp. 62-70.

The Court specifically rejected the Court of Appeal's opinion in that case that the legislation was constitutionally deficient because it did not require that reasonable and probable grounds linking the fingerprinting to the particular offence be established. La Forest J., writing for the Court, summarized the reasoning of the Court of Appeal as follows (at p. 411):

The judges in the Court of Appeal thought their objections to the discretionary features of the legislation could be met if the following conditions were satisfied: a peace officer, in addition to having reasonable and probable grounds for believing the accused had committed an offence, had reasonable and probable grounds for believing that fingerprinting would likely provide evidence relating to the offences, or reasonably doubted the identity of the accused, or believed on reasonable and probable grounds that fingerprinting would provide evidence of the subject's identity.

La Forest J. rejected this approach stating that it ignored "the wide variety of reasons for which fingerprints may legitimately be used" (p. 411). In the same way, I am of the view that Mr. Rodger's main argument on s. 8 ignores the distinct purpose of

Je ne puis admettre qu'une disposition prévoyant la prise des empreintes digitales, en corollaire d'une mise sous garde, dans le cas d'un crime grave, viole les principes de justice fondamentale. Certes la perquisition d'un domicile requiert une autorisation préalable, fondée sur des motifs raisonnables et probables de croire à la fois qu'il y a eu infraction et que l'on pourra y trouver des éléments de preuve, cependant la procédure de prise d'empreintes digitales en détention est totalement différente. Elle ne comporte pas cette immixtion dans la vie privée et les biens d'un individu qui caractérise une perquisition.

Cela mis à part, l'atteinte à la vie privée que constitue l'arrestation fondée sur des motifs raisonnables et probables, est une violation beaucoup plus grave du droit à la vie privée. Elle n'est guère aggravée par la prise des empreintes digitales du détenu. Comme je l'ai déjà mentionné, une jurisprudence fort abondante aux États-Unis, y compris certains arrêts de la Cour suprême, refuse d'accorder une protection constitutionnelle contre le pouvoir discrétionnaire général de la force policière de prendre les empreintes digitales des personnes sous garde; voir Moenssens, précité, aux pp. 62 à 70.

Dans cette affaire, notre Cour a expressément rejeté l'avis de la Cour d'appel selon lequel la disposition législative était inconstitutionnelle parce qu'elle n'exigeait pas de motifs raisonnables et probables de relier les empreintes digitales à l'infraction en cause. Au nom de notre Cour, le juge La Forest a résumé le raisonnement de la Cour d'appel (p. 411) :

Les juges de la Cour d'appel pensent qu'on peut répondre à leurs objections concernant les aspects discrétionnaires de la législation en imposant les conditions suivantes : un agent de la paix, en plus d'avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'inculpé a commis l'infraction, a également des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes permettra de découvrir des preuves relatives aux infractions, ou a un doute raisonnable sur l'identité de l'inculpé, ou encore a des motifs raisonnables et probables de croire que le prélèvement des empreintes apportera des éléments de preuve sur l'identité du sujet.

Le juge La Forest a rejeté cette approche au motif qu'elle ne tenait pas compte de « la grande variété de raisons pour lesquelles on peut légitimement prendre les empreintes digitales » (p. 411). De la même façon, j'estime que le principal argument de

establishing a national DNA data bank for identification purposes and the variety of reasons for which DNA profiles may legitimately be used. In assessing the reasonableness of the legislation, it is this societal interest which must be balanced against the privacy interests of the individual.

42 Mr. Rodgers correctly concedes that, as a person who has been convicted and is serving a sentence, his expectation of privacy is greatly reduced: see *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877; *Stillman*, at para. 61. As Weiler J.A. aptly put it in *Briggs* in the context of assessing the impact of the DNA data bank legislation (at para. 34):

> A person convicted of a crime has a lesser expectation of privacy not because that person's worth as a human being is less, but because the person's right to make choices about his or her life is curtailed.

Mr. Rodgers unquestionably has a residual privacy interest in the information contained in his DNA samples. However, in restricting the use of DNA sampling for data bank purposes to an *identification tool only*, Parliament has adequately answered any heightened concern about the potentially powerful impact that DNA sampling has on the informational privacy interests of the individual. The relevant question then becomes whether Mr. Rodgers has any reasonable expectation of privacy in respect of his *identity*.

43 The class of persons against whom a DNA data bank authorization may be granted is confined to offenders who have been convicted of designated offences. As stated earlier, designated offences, as defined under s. 487.04 of the *Criminal Code*, may generally be described as the more serious offences under the *Code* and offences in respect of which it may reasonably be expected that DNA may be left behind by the offender. Section 487.055 targets

M. Rodgers fondé sur l'art. 8 ne tient compte ni de l'objectif distinct de l'établissement d'une banque de données génétiques à des fins d'identification ni de la variété de raisons pour lesquelles on peut légitimement établir un profil d'identification génétique. Pour déterminer si la disposition législative est abusive ou non, c'est ce droit de la société qui doit être mis en balance avec le droit du particulier au respect de sa vie privée.

M. Rodgers convient avec raison qu'en tant que personne déclarée coupable d'infractions et purgeant une peine d'emprisonnement, ses attentes en matière de vie privée sont considérablement réduites : voir les arrêts *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, p. 877, et *Stillman*, par. 61. Dans l'arrêt *Briggs*, le juge Weiler a dit avec justesse au sujet de l'incidence des dispositions relatives à la banque de données génétiques (par. 34) :

> [TRADUCTION] La personne déclarée coupable d'un crime a des attentes moins grandes en matière de vie privée, non pas parce que sa valeur en tant qu'être humain est moindre, mais parce que son droit de faire des choix concernant sa vie est restreint.

Certes, M. Rodgers a encore droit à la protection des renseignements que renferment ses échantillons d'ADN. Toutefois, en ne permettant l'utilisation des échantillons d'ADN destinés à la banque de données *qu'à des fins d'identification*, le législateur a dûment tenu compte de l'inquiétude accrue suscitée par l'incidence considérable qu'a le prélèvement d'échantillons d'ADN sur la protection des renseignements personnels. La question est donc de savoir si M. Rodgers a des attentes raisonnables en matière de vie privée en ce qui concerne son *identité*.

L'autorisation de prélèvement pour analyse génétique ne peut être accordée qu'à l'égard de contrevenants reconnus coupables d'infractions désignées. Je rappelle que les infractions désignées, au sens de l'art. 487.04 du *Code criminel*, correspondent généralement aux actes criminels les plus graves et dont on peut raisonnablement s'attendre à ce que la perpétration laisse des traces d'ADN. L'article 487.055 vise les condamnés les plus

the most dangerous convicted offenders — Mr. Rodgers falls in that class. Can persons convicted of designated offences, in particularly the category of offender targeted under s. 487.055, reasonably expect to retain any degree of anonymity *vis-à-vis* law enforcement authorities after their conviction? Bateman J.A. in *R. v. Murrins* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), concluded that the reasonable expectancy of a person convicted of a designated offence would be the opposite (at para. 41):

> A person convicted of a designated offence would reasonably expect the authorities to gather and retain identifying information, such as fingerprints, distinctive body markings, or eye color. The bodily sample here is simply another form of identification.

I agree. In my view, Mr. Rodgers' identity as a multiple sex offender has become a matter of state interest and he has lost any reasonable expectation of privacy in the *identifying information* derived from DNA sampling in the same way as he has lost any expectation of privacy in his fingerprints, photograph or any other identifying measure taken under the authority of the *Identification of Criminals Act*.

Having regard to the competing interests at play, I conclude that there is no constitutional requirement to link the convicted offender, on reasonable and probable grounds, to any particular investigation. The data bank provisions strike an appropriate balance between the public interest in the effective identification of persons convicted of serious offences and the rights of individuals to physical integrity and the right to control the release of information about themselves.

5.4 *Procedural Fairness*

The remaining question is whether the making of s. 487.055 orders without requiring notice to and participation by the convicted offender breaches fundamental fairness. (Sections 487.051 and 487.052 which target convicted offenders whose

dangereux, une catégorie dont fait partie M. Rodgers. Une personne déclarée coupable d'une infraction désignée, y compris un contrevenant visé à l'art. 487.055, peut-elle raisonnablement s'attendre à conserver un certain anonymat vis-à-vis des autorités chargées du contrôle d'application de la loi? Dans l'arrêt *R. c. Murrins*, (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), le juge Bateman a répondu par la négative (par. 41) :

> [TRADUCTION] La personne déclarée coupable d'une infraction désignée peut raisonnablement s'attendre à ce que les autorités recueillent et conservent des renseignements permettant son identification, comme ses empreintes digitales, ses marques corporelles distinctives ou la couleur de ses yeux. Dans ce cas, l'échantillon de substances corporelles n'offre qu'un autre moyen d'identification.

Je suis d'accord. À mon avis, parce que M. Rodgers a été déclaré coupable de plusieurs infractions sexuelles, son identité intéresse désormais l'État et il n'a plus d'attentes raisonnables en matière de vie privée à l'égard des *renseignements d'identification* tirés des échantillons d'ADN, non plus qu'à l'égard de ses empreintes digitales, des ses photographies ou des autres mensurations prises sous le régime de la *Loi sur l'identification des criminels*.

44 Vu les intérêts concurrents en jeu, je conclus qu'il n'y a pas d'obligation constitutionnelle d'établir l'existence de motifs raisonnables et probables de relier le condamné à une enquête en particulier. Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent un juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que soient dûment identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la communication à son gré de renseignements le concernant.

5.4 *Équité procédurale*

45 Reste une question à trancher. Accorder l'autorisation visée à l'art. 487.055 sans avoir exigé de préavis et en l'absence du condamné porte-t-il atteinte au droit fondamental à l'équité de la procédure? (Les articles 487.051 et 487.052, qui s'appliquent

cases are still before the court for sentencing are silent on the question of notice. Given that orders under those provisions are routinely made at the time of sentencing, the offender is usually present at the hearing.)

46 Mr. Rodgers submits that *ex parte* hearings are exceptional and limited in their use where some harm could result from the giving of notice. In support of his argument, he relies on the following words of Arbour J. in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at paras. 25 and 38:

> *Ex parte*, in a legal sense, means a proceeding, or a procedural step, that is taken or granted at the instance of and for the benefit of one party only, without notice to or argument by any adverse party: *Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.). The circumstances in which a court will accept submissions *ex parte* are exceptional and limited to those situations in which the delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given. For instance, temporary injunctions are often issued *ex parte* in order to preserve the *status quo* for a short period of time before both parties can be heard (to prevent the demolition of a building, for example).

. . .

> It remains to determine whether the requirement in s. 51(3) that a court accept *ex parte* submissions on request of the government institution refusing to disclose information is contrary to the principles of fundamental justice. As I have already noted, the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional. The circumstances in which a court will be obliged to hear *ex parte* submissions at the request of one party are even more exceptional. [Emphasis added.]

47 I will return later to the circumstances and the conclusion of the Court in *Ruby*. However, it is important to note at the outset that the fallacy in Mr. Rodgers' argument is that it presupposes that notice and participation are themselves principles of fundamental justice, any departure from which must be justified in order to meet the minimal

aux contrevenants déclarés coupables mais dont la peine n'a pas encore été déterminée, ne font pas mention d'un avis. Comme l'ordonnance fondée sur ces dispositions est habituellement rendue lors de la détermination de la peine, le contrevenant est généralement présent à l'audience.)

M. Rodgers soutient que l'audition *ex parte* est une mesure exceptionnelle à laquelle on ne peut recourir que lorsqu'un préavis pourrait être préjudiciable. Il invoque à l'appui l'extrait suivant des motifs de la juge Arbour dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 25 et 38 :

> En droit, l'expression *ex parte* (« en l'absence d'une partie ») s'entend d'une procédure ou d'une étape de la procédure qui se déroule à la demande et au bénéfice d'une seule partie, sans avis à la partie adverse ou présentation d'arguments de sa part : *Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1re inst.). Les tribunaux n'entendent des arguments de cette façon qu'à titre exceptionnel, lorsque le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable ou que l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné. Par exemple, il arrive souvent qu'une injonction provisoire soit décernée en l'absence de l'autre partie afin de maintenir brièvement le statu quo, jusqu'à ce que les deux parties puissent être entendues (afin de prévenir la démolition d'un immeuble par exemple).

. . .

> Reste la question de savoir si l'obligation qu'a le tribunal, aux termes du par. 51(3), d'entendre sur demande les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie est contraire aux principes de justice fondamentale. Comme je l'ai signalé précédemment, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie. Les cas dans lesquels un tribunal est tenu de le faire à la demande de l'une des parties sont encore plus rares. [Je souligne.]

Je reviendrai sur les faits de cette affaire et sur la conclusion de notre Cour. Il importe de signaler d'abord que la prétention de M. Rodgers ne tient pas la route en ce qu'elle présuppose que le préavis et la participation sont en eux-mêmes des principes de justice fondamentale auxquels toute dérogation doit être justifiée pour satisfaire à la norme

constitutional norm. As I read his reasons, Fish J. adopts the same reasoning. With respect, it is my view that this is not the proper approach. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. Notice and participation may or may not be required to meet this norm — it is well settled that what is fair depends entirely on the context: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 99; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Ruby*, at para. 39.

The extent to which context is all important on questions of procedural fairness is plain from an analysis of *Ruby* itself. The ending words to para. 38 quoted above, not relied upon by Mr. Rodgers, read as follows:

> The question is whether, in the context of this case, such a provision is consistent with the principles of fundamental justice. I believe that it is. [Emphasis added.]

In *Ruby* the Court was assessing the procedural fairness of a mandatory *ex parte in camera* proceeding held in response to an access to information request by Mr. Ruby under the federal *Privacy Act*. The request was challenged by the government who claimed the benefit of certain exemptions under the Act. The Court reiterated the well-established principle that what is fair will depend on the context. The Court then explained why fairness, as a general rule, will require notice and participation (at para. 40):

constitutionnelle minimale. Dans ses motifs, le juge Fish paraît partager ce point de vue. J'estime en toute déférence que ce raisonnement est erroné. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l'équité procédurale. Son respect peut exiger ou non un préavis et la présence à l'audience — il est bien établi que l'équité dépend entièrement du contexte : voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 99; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 744; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 225; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 540; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Ruby*, par. 39.

48 L'importance du contexte pour trancher en matière d'équité procédurale ressort de l'arrêt *Ruby* lui-même. Voici la suite du par. 38 précité, non invoquée par M. Rodgers :

> La question qui se pose est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la disposition prescrivant une telle obligation est compatible avec les principes de justice fondamentale. Je crois que oui. [Je souligne.]

Dans *Ruby*, notre Cour devait se prononcer sur le caractère équitable d'une audience tenue à huis clos en l'absence d'une partie pour donner suite à la demande de communication de renseignements présentée par M. Ruby en application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, une loi fédérale. Invoquant certaines exceptions prévues par la Loi, l'État s'était opposé à la communication. Notre Cour a rappelé le principe bien établi que c'est en fonction du contexte qu'est déterminé ce qui est équitable ou non. Elle a ensuite expliqué pourquoi l'équité exige généralement la signification d'un préavis et la présence des parties (par. 40) :

As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position . . . .

The Court accepted that, in the case at hand, the exclusion of the appellant from the government's submissions was an exceptional departure from this general rule because it left him "in an informational deficit when trying to challenge the legitimacy of the exemptions claimed by the government" (para. 40). Notwithstanding this impact on Mr. Ruby, the Court recognized that "the general rule does tolerate certain exceptions" (para. 40). Following its contextual analysis, the Court concluded as follows, at para. 51, on the question of procedural fairness:

In this case, given the statutory framework, the narrow basis of the appellant's constitutional challenge and the significant and exceptional state and social interest in the protection of information involved, I find that the mandatory *ex parte* and *in camera* provisions do not fall below the level of fairness required by s. 7. [Emphasis added.]

49 The particular circumstances that informed the Court's conclusion are not relevant to this case and need not be reviewed in any greater detail. However, the analysis in *Ruby*, as in several other cases cited earlier, is very instructive. This Court has made it clear, not only that what is fair in a particular case depends entirely on the context, but that the constitutional question is referable to the *minimal* standard mandated by the *Charter*. Parliament and the legislatures can, and often do, legislate beyond minimal constitutional requirements on matters engaging constitutionally guaranteed rights and freedoms. It would be an unfortunate result if legislators became hesitant to do so for fear of expanding their constitutional obligations. This point was made in *Chiarelli*, at p. 742. The Court held that s. 7 of the *Charter* did not give a non-citizen who was otherwise deportable for criminality a right to an appeal hearing based on compassionate grounds. The Court then

En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci . . .

Notre Cour a convenu que, dans cette affaire, l'exclusion de l'appelant pendant l'audition de certains arguments de l'État constituait une dérogation exceptionnelle à cette règle générale, car l'appelant était « de ce fait désavantagé, étant privé de données susceptibles de servir à contester la légitimité des exceptions invoquées » (par. 40). Malgré cette conséquence pour M. Ruby, notre Cour a reconnu que « la règle générale souffre certaines exceptions » (par. 40). À l'issue de l'analyse contextuelle, elle a tiré la conclusion suivante au sujet de l'équité procédurale (par. 51) :

Dans la présente affaire, vu le cadre législatif applicable, la portée restreinte de la question constitutionnelle soulevée par l'appelant, de même que l'intérêt à la fois important et exceptionnel de l'État et de la société dans la protection des renseignements concernés, j'estime que les dispositions impératives requérant la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de l'art. 7 de la *Charte*. [Je souligne.]

Les circonstances particulières qui ont amené notre Cour à conclure en ce sens ne sont pas pertinentes en l'espèce, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en faire état. Cependant, son analyse, tout comme celle à laquelle elle s'est livrée dans plusieurs des autres affaires précitées, est très instructive. Notre Cour a clairement dit non seulement que ce qui est équitable dans un cas donné dépend entièrement du contexte, mais aussi que la question constitutionnelle se rapporte à la norme *minimale* imposée par la *Charte*. Le Parlement et les législatures peuvent — et ils le font souvent — légiférer en surpassant les exigences constitutionnelles minimales sur des sujets qui mettent en jeu les droits et les libertés garantis par la Constitution. Il serait regrettable qu'ils hésitent à le faire de crainte d'accroître la portée de leurs obligations constitutionnelles. L'arrêt *Chiarelli* constitue un bon exemple à cet égard (p. 742). Notre Cour y a conclu que l'art. 7 de la *Charte*

stated the following in respect of alleged constitutional deficiencies in the hearing that was provided by statute (at p. 742):

> It is entirely within the discretion of Parliament whether an appeal on this basis is provided. Accordingly, Parliament could have simply provided that a certificate could issue without any hearing. Does the fact that Parliament has legislated beyond its constitutional requirement to provide that a hearing will be held enable the respondent to complain that the hearing does not comport with the dictates of fundamental justice? It could be argued that the provision of a hearing *ex gratia* does not expand Parliament's constitutional obligations. I need not resolve this issue in this case because I have concluded that, assuming that proceedings before the Review Committee were subject to the principles of fundamental justice, those principles were observed.

The Crown argues that this is a case where Parliament, in requiring prior judicial authorization under s. 487.055, has chosen to exceed minimal constitutional norms. The Crown therefore submits that the *ex parte* nature of the application cannot be constitutionally infirm because Parliament could have passed constitutionally valid legislation requiring the mandatory taking of bodily samples for DNA data bank purposes from s. 487.055 offenders *in the complete absence of any prior judicial authorization.* The Crown notes that, significantly, American appellate courts have consistently and uniformly upheld the constitutional validity of a variety of state and federal legislative initiatives requiring the compulsory DNA profiling of certain convicted offenders, without prior judicial authorization and without requiring any degree of individualized suspicion of a crime by the target. The courts have held that such legislation does not offend the Fourth Amendment right against "unreasonable searches and seizures". In its leading decision on this point, the 9th Circuit of the U.S. Court of Appeals in *United States v. Kincade*,

ne conférait pas à un non-citoyen par ailleurs passible d'expulsion pour criminalité le droit à l'audition d'un appel fondé sur des motifs de compassion. Au sujet des vices constitutionnels allégués de l'audience prévue par la loi, elle a ajouté (p. 742) :

> La décision de prévoir ou de ne pas prévoir un appel sur ce fondement relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du législateur fédéral. Le Parlement aurait donc pu prévoir simplement la délivrance d'une attestation sans la tenue d'une audience. Mais le fait que le Parlement, ne se contentant pas de satisfaire aux exigences que lui impose la Constitution, a prévu la tenue d'une audience, permet-il à l'intimé de se plaindre de ce que cette audience ne respecte pas les principes de justice fondamentale? On pourrait soutenir que le Parlement n'a pas élargi la portée de ses obligations constitutionnelles en prévoyant à titre gracieux la tenue d'une audience. C'est toutefois là une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce vu ma conclusion que, dans l'hypothèse où les procédures devant le comité de surveillance seraient assujetties aux principes de justice fondamentale, ceux-ci ont été respectés.

50 Le ministère public prétend qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où, en exigeant une autorisation judiciaire préalable à l'art. 487.055, le législateur a décidé de surpasser les normes constitutionnelles minimales. Il fait donc valoir que le caractère *ex parte* de la demande ne peut être tenu pour inconstitutionnel puisque le législateur aurait pu adopter une disposition législative, parfaitement constitutionnelle, obligeant les contrevenants visés à l'art. 487.055 à se soumettre au prélèvement d'échantillons de substances corporelles destinés à la banque de données génétiques *sans qu'une autorisation judiciaire ne doive être obtenue au préalable.* Qui plus est, les tribunaux d'appel américains ont toujours confirmé la constitutionnalité des diverses mesures législatives fédérales et étatiques soumettant certains condamnés à la prise des empreintes génétiques sans autorisation judiciaire préalable et sans que ne pèsent sur les intéressés de soupçons précis quant à la commission d'un crime. Les tribunaux ont conclu que ces mesures ne portaient pas atteinte au droit à la protection contre [TRADUCTION] « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives » reconnu par le Quatrième amendement. Dans son arrêt de

379 F.3d 813 (2004), concluded as follows, at para. 3:

> In light of conditional releasees' substantially diminished expectations of privacy, the minimal intrusion occasioned by blood sampling, and the overwhelming societal interests so clearly furthered by the collection of DNA information from convicted offenders, we must conclude that compulsory DNA profiling of qualified federal offenders is reasonable under the totality of the circumstances. Therefore, we today realign ourselves with every other state and federal appellate court to have considered these issues-squarely holding that the DNA Act satisfies the requirements of the Fourth Amendment. [Footnote omitted.]

The vast majority of state statutes also have a mandatory retrospective aspect in respect of offenders who were serving sentences for enumerated offences at the time the legislation was proclaimed in force, often as a condition of parole. By way of example, see the following statutes: Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005); Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 to 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003); Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005); N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004); Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005); N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 to 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004); Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005); Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 to 24-4-65 (Supp. 2005); Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

51 It is not necessary to decide in this case whether a similar legislative scheme would be constitutionally valid in Canada. Parliament has not chosen this route — it has provided for prior judicial authorization. Given the potential impact on the informational component of a person's right to privacy, this additional safeguard, coupled with the legislative restrictions placed on the use that can be made of collected samples for identification purposes only, may well be a wise choice — whether or not it exceeds Parliament's constitutional obligations. The determinative question becomes whether, in all the circumstances, Parliament's choice of a

principe sur le sujet, *United States c. Kincade*, 379 F.3d 813 (2004), la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, a conclu ce qui suit (par. 3) :

> [TRADUCTION] Vu les attentes sensiblement réduites qu'ont les libérés sous condition en matière de vie privée, l'atteinte minimale associée au prélèvement sanguin et le grand intérêt qu'a clairement la société à recueillir des données génétiques sur les condamnés, il nous faut conclure que l'obligation faite aux condamnés fédéraux désignés de subir un prélèvement d'échantillons d'ADN n'est pas abusive au regard de toutes les circonstances. Nous nous rangeons donc à l'avis des autres tribunaux d'appel fédéraux et étatiques qui ont examiné ces questions et nous concluons catégoriquement que la loi en cause satisfait aux exigences du Quatrième amendement. [Note omise.]

La plupart des lois des États ont également un caractère impératif et rétrospectif à l'égard des contrevenants qui purgeaient une peine pour une infraction énumérée lors de l'entrée en vigueur des dispositions, la soumission au prélèvement faisant souvent partie des conditions de la libération conditionnelle; voir, par exemple, Cal. Penal Code § 296.1 (West Supp. 2005); Mich. Comp. Laws Serv. §§ 28.171 à 28.176 (LexisNexis 2001 & Supp. 2003); Va. Code Ann. § 19.2-310.2 (Supp. 2005); N.Y. Exec. Law § 995 (Consol. 1995 & Supp. 2004); Fla. Stat. Ann. § 943.325 (West Supp. 2005); N.J. Stat. Ann. §§ 53:1-20.17 à 53:1-20.30 (West 2001 & Supp. 2004); Ohio Rev. Code Ann. § 2901.07 (LexisNexis Supp. 2005); Ga. Code Ann. §§ 24-4-60 à 24-4-65 (Supp. 2005); Mass. Ann. Laws ch. 22E, §§ 1-15 (LexisNexis 2003 & Supp. 2005).

Pour les besoins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de décider si un tel régime législatif serait jugé constitutionnel au Canada. Le législateur n'a pas choisi cette voie — il a prévu une autorisation judiciaire préalable. Vu l'effet possible sur la protection des renseignements personnels, cette garantie supplémentaire, jumelée au fait que la loi permet l'utilisation des échantillons à des fins d'identification seulement, pourrait bien constituer un choix judicieux — qu'elle surpasse ou non les exigences constitutionnelles. La question déterminante qui se pose dès lors est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, le choix présumé d'une audience

presumptively *ex parte* hearing is fundamentally unfair. In my view, it is not. Keeping in mind that there is no constitutional guarantee to the most favourable procedure available, it is important to note that the chosen procedure in this case does provide the offender with the following safeguards:

(1) prior judicial authorization must be obtained on written application to a provincial court judge: s. 487.055(1);

(2) the applicant must establish that the targeted offender falls within one of the designated categories of offenders;

(3) the judge has the discretion to give notice to the offender affected by the application;

(4) the judge has the discretion not to order DNA sampling;

(5) in deciding whether to grant the authorization, the judge is statutorily required to "consider the person's criminal record, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact such an authorization would have on the privacy and security of the person": s. 487.055(3.1);

(6) the judge may require conditions to ensure that "the taking of the samples . . . is reasonable in the circumstances": s. 487.06(2); and

(7) the police must report back in writing to the provincial court judge: s. 487.057(1).

Further, although there is no appeal from a s. 487.055 order, the decision of the judge is reviewable on *certiorari*. Without doubt, errors in the record can be made. However, giving the offender notice and an opportunity to be heard is not the only procedure by which any error could be corrected. It is not as if DNA samples can be taken surreptitiously without the knowledge of the targeted person. Before taking any samples, the person acting under the authority of a DNA warrant, order or authorization, has the duty to inform the subject, among other matters, of the contents of the

ex parte est fondamentalement inéquitable. À mon avis, ce n'est pas le cas. Sans oublier qu'il n'existe aucun droit constitutionnel à la procédure la plus favorable, il importe de souligner que la procédure retenue en l'espèce par le législateur offre les garanties suivantes au contrevenant :

(1) une autorisation judiciaire préalable doit être obtenue sur demande écrite présentée à un juge de la cour provinciale : par. 487.055(1);

(2) le demandeur doit établir que l'intéressé appartient à l'une des catégories de contrevenants visées;

(3) le juge a le pouvoir discrétionnaire de donner un préavis à l'intéressé;

(4) il a le pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonner le prélèvement d'échantillons d'ADN;

(5) pour décider d'accorder ou non l'autorisation, le juge est légalement tenu de « prend[re] en compte l'effet qu'elle aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration » : par. 487.055(3.1);

(6) le juge peut fixer des modalités pour assurer « le caractère raisonnable du prélèvement dans les circonstances » : par. 487.06(2);

(7) l'agent de la paix doit rédiger un rapport et le faire déposer auprès du juge de la cour provinciale : par. 487.057(1).

52 En outre, bien qu'il n'existe aucun droit d'en appeler de l'autorisation visée à l'art. 487.055, la décision du juge est susceptible de révision par voie de *certiorari*. Une erreur peut sans doute se glisser dans le dossier, mais donner au contrevenant un avis et la possibilité de se faire entendre n'est pas le seul moyen d'y remédier. Ce n'est pas comme si les échantillons d'ADN pouvaient être prélevés subrepticement, sans que l'intéressé le sache. Avant tout prélèvement, la personne munie d'un mandat, d'une ordonnance ou d'une autorisation est tenue de communiquer à l'intéressé la teneur du document et le

authorizing document and the purpose of taking the samples: s. 487.07 of the *Criminal Code*. Hence, the offender will be apprised of the basis for obtaining the order. As the absence of a precondition to the making of the order would go to jurisdiction, any such error would be reviewable on *certiorari*.

53 Finally, in determining whether the chosen procedure meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness, the *ex parte* nature of the proceeding must be considered in the context of what is truly at stake on a s. 487.055 application. As noted earlier, any person whose conduct has earned a s. 487.055 classification cannot reasonably expect that his or her identity will remain private *vis-à-vis* law enforcement authorities. Indeed, the offender, by reason of his criminal conduct, is already known to law enforcement authorities and, depending on the circumstances, may be a logical suspect in future investigations regardless of any s. 487.055 order. What an offender therefore stands to lose on a s. 487.055 application is to have his DNA profile made available to the state *for identification purposes only*. The inclusion of the DNA profile in the data bank can serve to effectively eliminate him as a potential suspect in future investigations, or it can serve to identify him as a person connected to the crime under investigation. If the latter, his procedural rights with respect to any potential use of the DNA data bank profile in that investigation are far from exhausted. If a "hit" is generated in the DNA data bank, and the offender's DNA is subsequently gathered by way of a DNA warrant, it will be open to the offender to challenge the admissibility of any DNA evidence at trial on the basis that he or she was illegally included in the data bank itself, if that be the case. Where the "hit" constituted the basis of the DNA search warrant, illegal inclusion in the data bank itself may provide grounds for quashing the warrant. A warrantless search would thereafter be considered *prima facie* unreasonable and may provide ground for *Charter* relief at trial. The admissibility of the evidence will also remain subject to all the usual rules of evidence.

but du prélèvement, entre autres choses : art. 487.07 du *Code criminel*. Le contrevenant est donc informé des motifs qui ont permis l'obtention de l'autorisation. Comme le non-respect d'une condition préalable à celle-ci mettrait en cause la compétence du juge, une telle erreur serait susceptible de révision par voie de *certiorari*.

Enfin, pour déterminer si la procédure choisie satisfait aux impératifs constitutionnels minimaux d'équité procédurale, le caractère *ex parte* de l'instance doit être apprécié en fonction de ce que met vraiment en jeu la demande fondée sur l'art. 487.055. Je le répète, la personne dont le comportement lui a valu d'être visée par cet article ne peut raisonnablement s'attendre à ce que son identité demeure inconnue des autorités chargées du contrôle d'application de la loi. En effet, à cause de son comportement criminel, le contrevenant est déjà connu de celles-ci et, selon les circonstances, il pourrait logiquement faire l'objet de soupçons lors d'une enquête ultérieure, indépendamment de toute autorisation fondée sur l'art. 487.055. Pour le contrevenant visé par une demande, l'enjeu est la mise à la disposition de l'État de son profil d'identification génétique *à des fins d'identification seulement*. La présence de son profil dans la banque de données peut permettre de l'écarter définitivement des suspects éventuels lors d'une enquête ultérieure, ou de le relier au crime en cause. Dans ce dernier cas, ses recours quant à la possibilité d'une telle utilisation du profil contenu dans la banque de données sont loin d'être épuisés. Si une correspondance est établie avec le profil versé dans la banque de données génétiques et que l'ADN du contrevenant est ensuite prélevé en exécution d'un mandat, au procès, l'intéressé pourra toujours contester l'admissibilité de toute preuve génétique en faisant valoir que son profil génétique a été illégalement versé dans la banque de données. Si le mandat de perquisition ADN a été décerné sur le fondement de la correspondance, l'inclusion illégale dans la banque de données pourra justifier son annulation. Une perquisition sans mandat sera alors abusive *prima facie* et, au procès, elle pourra donner ouverture à une réparation fondée sur la *Charte*. L'admissibilité de la preuve demeure également assujettie à toutes les règles habituelles.

Because of the retrospective nature of the application, offenders targeted by s. 487.055 are finite in number but they are nonetheless numerous. As noted by the intervener the Attorney General of British Columbia, the National DNA Data Bank website statistics show that in excess of 1,900 samples have been obtained through this *ex parte* process. The offenders, although still under sentence at the time of the application, are no longer before the courts. Some are the most dangerous and violent criminals in Canadian prisons. The Crown submits that requiring their attendance at full *inter partes* hearings would create a significant risk to public safety and cause a substantial expenditure of public resources. While these factors alone could not justify a breach of fundamental fairness, I find no such breach in this case. In light of the interests at stake and the panoply of procedural safeguards that are in place, I conclude that a presumptively *ex parte* hearing is a constitutionally valid legislative option.

54 En raison du caractère rétrospectif de la demande, le nombre de contrevenants visés à l'art. 487.055 n'est pas infini, bien qu'il soit élevé. Comme l'a fait remarquer l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique, selon les statistiques du site Internet de la Banque nationale de données génétiques, plus de 1 900 échantillons ont été obtenus à l'issue d'une audience *ex parte*. Même si les contrevenants purgeaient toujours leur peine au moment de la demande, leur cause n'était plus en instance. Certains d'entre eux figurent parmi les criminels les plus dangereux et les plus violents détenus au Canada. Selon le ministère public, exiger qu'ils prennent dûment part à une audience *inter partes* exposerait la sécurité publique à un risque important et occasionnerait des dépenses considérables à l'État. Ces facteurs ne peuvent à eux seuls justifier une atteinte au droit fondamental à l'équité procédurale, mais je ne constate pas une telle atteinte en l'espèce. Compte tenu des intérêts en jeu et des nombreuses garanties procédurales, j'estime que le choix d'une audition de prime abord *ex parte* est un choix législatif valable sur le plan constitutionnel.

For these reasons, I conclude that the DNA data bank legislative scheme meets the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*.

55 Pour ces motifs, je conclus que le régime législatif relatif à la banque de données génétiques satisfait aux exigences constitutionnelles de l'art. 8 de la *Charte*.

6. Sections 11(*h*) and 11(*i*)

Finally, Mr. Rodgers contends that s. 487.055 infringes both ss. 11(*h*) and 11(*i*) of the *Charter* "because it inevitably punishes the offender again for a predicate offence and denies the offender the benefit of the lesser punishment". For convenience, I again reproduce ss. 11(*h*) and 11(*i*):

6. Alinéas 11*h*) et *i*)

56 En dernier lieu, M. Rodgers soutient que l'art. 487.055 viole les al. 11*h*) et *i*) de la *Charte* [TRADUCTION] « parce qu'il punit forcément le contrevenant de nouveau pour une infraction sous-jacente et l'empêche de bénéficier de la peine la moins sévère ». Pour faciliter leur consultation, voici à nouveau le texte des al. 11*h*) et *i*) :

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*h*) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

h) d'une part de ne pas être jugé de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement acquitté, d'autre part de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni;

(*i*) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

57 Mr. Rodgers first raised this constitutional argument before the Court of Appeal and, in that court, only in respect of s. 11(*i*). He now relies on both ss. 11(*h*) and 11(*i*). However, his argument is still entirely focussed on whether the imposition of a DNA sampling and analysis order amounts to a "punishment" within the meaning of s. 11. The Court of Appeal summarily dismissed Mr. Rodgers' s. 11 argument stating that "the taking of the sample is not a punishment anymore than would be the taking of fingerprints or the taking of a photograph of a convicted person: *R. v. Briggs*, *supra*, at p. 446 O.R., p. 72 C.C.C.; *R. v. Murrins* (2002), 162 C.C.C. (3d) 412, 92 C.R.R. (2d) 285 (N.S.C.A.) at pp. 442-48 C.C.C." (para. 28). Mr. Rodgers appeals from that finding.

58 First, it is necessary to consider whether s. 11 applies at all to a s. 487.055 application. As the introductory words of the section make it plain, the protection extended by s. 11 can only be invoked when "[a] person [is] charged with an offence". Therefore, in and of itself, the application for a DNA order does not at all engage s. 11. It cannot be contended that Mr. Rodgers is "charged with an offence" on any reasonable meaning of the term and, as I understood his argument, he is not claiming the protection of s. 11 on that basis. He relies, rather, on the charges that were brought in respect of the index offences — namely the multiple sex offences in respect of which he was convicted and which form the basis of the application for a DNA data bank order. There is no doubt that s. 11 applies to those criminal proceedings and the question then becomes whether the imposition of a s. 487.055 order constitutes further "punishment" for those offences.

59 What constitutes a "punishment" under s. 11 has yet to be fully explored. The Crown, in part, relies on *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, and submits that this Court, in the context of a

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

C'est en Cour d'appel que M. Rodgers a soulevé cet argument constitutionnel pour la première fois et il n'a alors invoqué que l'al. 11*i*). Il s'appuie maintenant sur les al. 11*h*) et *i*). Toutefois, son argument demeure entièrement axé sur la question de savoir si l'imposition d'un prélèvement d'échantillons d'ADN pour analyse génétique équivaut à une « peine » au sens de l'art. 11. La Cour d'appel a rejeté sommairement la thèse de M. Rodgers fondée sur cet article en affirmant que [TRADUCTION] « le prélèvement d'un échantillon ne constitue pas davantage une peine que la prise des empreintes digitales ou la photographie d'une personne déclarée coupable d'une infraction : *R. c. Briggs*, précité, p. 446 O.R., p. 72 C.C.C.; *R. c. Murrins* (2002), 162 C.C.C. (3d) 412, 92 C.R.R. (2d) 285 (C.A.N.-É.), p. 442-448 C.C.C. » (par. 28). M. Rodgers en appelle de cette conclusion.

D'abord, il faut se demander si même l'art. 11 s'applique à la demande visée à l'art. 487.055. Il ressort de l'énoncé liminaire de l'art. 11 que la protection offerte ne peut être invoquée que lorsqu'une personne est « inculpé[e] ». Ainsi, comme telle, la demande d'autorisation de prélever un échantillon d'ADN ne met pas du tout en jeu l'art. 11. On ne saurait raisonnablement prétendre que M. Rodgers est « inculpé » et, si je comprends bien, ce n'est pas en cette qualité qu'il ne demande à bénéficier de la protection offerte par l'art. 11. Il invoque plutôt les infractions dont il a été accusé selon le fichier — soit les infractions sexuelles dont il a été déclaré coupable et qui fondent la demande d'autorisation. Il ne fait aucun doute que l'art. 11 s'applique aux instances criminelles y afférentes, et la question qui se pose dès lors est de savoir si le prélèvement autorisé en application de l'art. 487.055 constitue une « peine » supplémentaire pour la perpétration de ces infractions.

La notion de « peine » au sens de l'art. 11 n'est pas encore parfaitement circonscrite. Le ministère public s'appuie en partie sur l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, et soutient

complaint about "double jeopardy", described "punishment" as the imposition of "true penal consequences" such as "imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large . . ." (p. 561). The test in *Wigglesworth* was also applied in *R. v. Shubley*, [1990] 1 S.C.R. 3, at pp. 21-23, and in *Martineau v. M.N.R.*, [2004] 3 S.C.R. 737, 2004 SCC 81, at para. 57. It is important to put the *Wigglesworth* test in context. As I will explain, it applies to determine whether s. 11 is triggered but does not purport to restrict the meaning of "punishment" in the context of a criminal proceeding to encompass only imprisonment and heavy fines.

In *Wigglesworth*, the question before the Court was whether the s. 11(*h*) protection against double jeopardy extended to police disciplinary proceedings so as to preclude a subsequent criminal trial based on the same conduct for which the police officer had been internally disciplined. A similar question was raised in *Shubley* in respect of internal prison disciplinary proceedings. In *Martineau*, the question was whether the s. 11(*c*) right against self-incrimination could be invoked in the context of forfeiture proceedings commenced under the *Customs Act*. In each case, the Court applied the two-prong test established in *Wigglesworth* to determine whether the proceeding in question came within the purview of s. 11 — a person charged with an offence can claim the protection of s. 11 if either (1) the proceedings are, by their very nature, criminal proceedings; or (2) the punishment invoked involves the imposition of "true penal consequences". It is in this context that the Court explained, at p. 561, what it meant by "true penal consequences":

> In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity.

The Court made it clear however that, under the first branch of the test, "all prosecutions for

que dans le contexte d'une allégation de « double péril », notre Cour a assimilé la « peine » à l'imposition de « véritables conséquences pénales », tels « l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général . . . » (p. 561). Ce critère a été repris dans les arrêts *R. c. Shubley*, [1990] 1 R.C.S. 3, p. 21-23, et *Martineau c. M.R.N.*, [2004] 3 R.C.S. 737, 2004 CSC 81, par. 57. Il importe de mettre ce critère en contexte. Comme je l'explique plus loin, il permet de déterminer si l'art. 11 entre en jeu, mais il ne vise pas à restreindre, dans une instance criminelle, le sens du terme « peine » de sorte qu'il n'englobe que l'emprisonnement et l'amende substantielle.

60 Dans l'arrêt *Wigglesworth*, notre Cour était appelée à décider si la protection contre le double péril prévue à l'al. 11*h*) s'appliquait à l'instance disciplinaire et empêchait une poursuite criminelle subséquente pour les mêmes actes lorsque le policier avait fait l'objet de mesures disciplinaires. La même question s'est posée dans l'affaire *Shubley* à l'égard de la procédure disciplinaire interne d'une prison. Dans l'arrêt *Martineau*, il s'agissait de savoir si le droit à la protection contre l'auto-incrimination garanti à l'al. 11*c*) pouvait être invoqué dans une instance de confiscation engagée en application de la *Loi sur les douanes*. Dans chacun des cas, notre Cour a appliqué le critère à deux volets de l'arrêt *Wigglesworth* pour décider si l'instance était assujettie ou non à l'art. 11 — une personne inculpée peut bénéficier de la protection de l'art. 11 (1) lorsque, par sa nature, l'instance est criminelle ou (2) que la peine invoquée emporte l'imposition de « véritables conséquences pénales ». C'est dans ce contexte que notre Cour a expliqué ce qu'elle entendait par de « véritables conséquences pénales » (p. 561) :

> À mon avis, une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée.

61 Or, notre Cour a clairement indiqué que suivant le premier volet du critère, « toutes les

criminal offences under the *Criminal Code* and for quasi-criminal offences under provincial legislation are automatically subject to s. 11" (p. 560). Under the second branch of the test, a proceeding that is *not* criminal or quasi-criminal in nature but attracts a "true penal consequence" (such as imprisonment or a fine of a certain magnitude) will be equated to a criminal or quasi-criminal proceeding for s. 11 purposes. However, what constitutes a "punishment" within a criminal proceeding is not limited to those two sanctions. Such an interpretation would not accord with the liberal and purposive approach that must be taken in interpreting *Charter* rights. For example, if an offender is charged with a criminal offence, tried, convicted and sentenced to a term of probation or a small fine, it could not be argued that the protection of s. 11(*h*) would not extend to second criminal proceedings commenced in respect of the same offence because the probation or the small fine did not constitute "punishment" for his crime. Likewise, if the punishment for an offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing so as to abolish the availability of a conditional discharge for that offence, it could not be argued that the conditional discharge did not constitute a "punishment" within the meaning of the s. 11(*i*) protection. The accused would be entitled to the benefit of the less severe sanction in force at the time of commission of the offence.

62 In its ordinary sense, "punishment" refers to the arsenal of sanctions to which an accused may be liable upon conviction for a particular offence. The *Criminal Code* uses the words "punishment" or "punishable" to describe the range of sanctions available on sentencing. For example, an offence will be described as "punishable" on summary conviction and the offender will be "liable to a fine . . . or [a term of] imprisonment": s. 787(1). Section 718.3(1) provides that "[w]here an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the

poursuites relatives à des infractions criminelles aux termes du *Code criminel* et à des infractions quasi criminelles que prévoient les lois provinciales sont automatiquement assujetties à l'art. 11 » (p. 560). Suivant le deuxième volet, l'instance qui *n'*est *pas* en soi criminelle ou quasi criminelle, mais qui a de « véritables conséquences pénales » (comme l'emprisonnement ou l'amende substantielle) est assimilée à une instance criminelle ou quasi criminelle pour les besoins de l'art. 11. Toutefois, dans le contexte d'une instance criminelle, la « peine » ne s'entend pas que de ces deux sanctions. Une telle interprétation serait incompatible avec l'interprétation libérale et téléologique qui s'impose à l'égard des droits garantis par la *Charte*. Par exemple, dans le cas d'un contrevenant inculpé d'une infraction criminelle, puis jugé, déclaré coupable et condamné à une probation ou à une amende minime, on ne saurait prétendre que la protection offerte par l'al. 11*h*) ne s'applique pas à la seconde instance criminelle engagée pour la même infraction sous prétexte que la probation ou l'amende minime ne constituait pas une « peine ». De même, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction a été modifiée entre le moment de la perpétration et celui de la détermination de la peine de manière à écarter toute possibilité de libération conditionnelle, on ne saurait prétendre que cette libération conditionnelle ne constituait pas une « peine » au sens de l'al. 11*i*). L'accusé aurait le droit de bénéficier de la peine la moins sévère en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction.

Suivant son sens ordinaire, « peine » s'entend des sanctions dont est passible l'accusé déclaré coupable d'une infraction. Les mots « peine » ou « punissable » qu'emploie le *Code criminel* renvoient aux sanctions pouvant être infligées lors de la détermination de la peine. Par exemple, une infraction est « punissable » sur déclaration de culpabilité par voie sommaire, et le contrevenant est « passible d'une amende [. . . ou] d'un emprisonnement » : par. 787(1). Le paragraphe 718.3(1) précise que « [l]orsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition [la « peine »] à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du

offence". The words "sentence" and "sanction" are also used interchangeably: see for example s. 718.2.

This does not mean, however, that "punishment" under ss. 11(*h*) and 11(*i*) necessarily encompasses every potential consequence of being convicted of a criminal offence, whether that consequence occurs at the time of sentencing or not. A number of orders can be made by a sentencing court, for example an order for forfeiture, a firearm prohibition, a driving prohibition, or an order for restitution. It is beyond the purview of this appeal to determine whether or not any of these consequences constitutes a punishment. As a general rule, it seems to me that the consequence will constitute a punishment when it forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence and the sanction is one imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. In this respect, the protection afforded by s. 11 must be contrasted with s. 12 of the *Charter* that protects against cruel and unusual "treatment" or punishment. For example, DNA sampling, ordered as a consequence of conviction, would undoubtedly constitute a "treatment" and, if the physical method for obtaining a DNA sample were cruel and unusual, redress could be obtained under s. 12.

However, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal and find that the imposition of a s. 487.055 order, although a consequence of the convictions on the index offences, does not constitute a punishment within the meaning of s. 11. I find none of Mr. Rodgers' arguments persuasive. First, his concern about the potential dangers of equating the taking of DNA samples to fingerprinting is a matter for consideration under s. 8, not s. 11. Second, the fact that the DNA order may have a deterrent effect on the offender does not make it a punishment. As aptly noted by Bateman J.A. in *Murrins*:

tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction ». Aussi, les mots « peine », « punition » et « sanction » sont interchangeables : voir, par exemple, l'art. 718.2.

63 Cependant, cela ne signifie pas que la « peine » à laquelle renvoient les al. 11*h*) et *i*) englobe nécessairement toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle, que cette conséquence survienne ou non au moment de la détermination de la peine. Un certain nombre d'options s'offrent au tribunal qui détermine la peine : il peut notamment ordonner la confiscation, interdire la possession d'une arme à feu, interdire la conduite automobile ou ordonner la restitution. Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer, en l'espèce, si l'une ou l'autre de ces conséquences constitue ou non une peine. En règle générale, il me semble que la conséquence constitue une peine lorsqu'elle fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et qu'elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. À cet égard, il faut distinguer entre la protection offerte par l'art. 11 et celle que prévoit l'art. 12 de la *Charte* contre tous « traitements » ou peines cruels et inusités. Ainsi, le prélèvement d'un échantillon d'ADN par suite d'une déclaration de culpabilité constitue sans aucun doute un « traitement », et si le mode de prélèvement est cruel et inusité, une réparation pourra être obtenue en application de l'art. 12.

64 Je suis toutefois d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel et j'estime que l'autorisation visée à l'art. 487.055, même si elle résulte des déclarations de culpabilité prononcées à l'égard des infractions inscrites au fichier, ne constitue pas une peine au sens de l'art. 11. Aucun des arguments de M. Rodgers ne me convainc. D'abord, sa crainte concernant le danger possible d'assimiler le prélèvement d'échantillons d'ADN à la prise des empreintes digitales doit être examinée au regard de l'art. 8, et non de l'art. 11. Ensuite, le fait que l'autorisation de prélèvement puisse avoir un effet dissuasif sur le contrevenant n'en fait pas une peine pour autant. Le juge Bateman a justement dit dans l'arrêt *Murrins* :

The fact that the existence of a DNA profile may deter offenders from committing future crimes is a residual benefit but does not bring the order into the category of a punishment. The order is in furtherance of the legitimate state interest in solving crime rather than its interest in sanctioning the offender. [para. 102]

As stated by the Crown in its factum, "[w]hile it is true that many punishments are aimed at having a deterrent effect, that does not mean that every deterrent measure is, by definition, 'punishment'. For example, random traffic stops to check for alcohol consumption hopefully have the effect of deterring people from drinking and driving, but no one could properly characterize a R.I.D.E. stop as 'punishment'." Finally, the argument that there is a definite stigma attached to the taking of a DNA sample is not persuasive. Other than a notation on the records of the Canadian Police Services Information Centre, there is no information that a person's DNA sample is in the data bank. If there is any stigma, surely it flows from the convictions upon which the order is based. In any event, the fact that a treatment may occasion a certain stigma does not turn it into a punishment. Stigma may be occasioned by the simple fact of being arrested and charged with a criminal offence.

65 The DNA sampling and analysis is no more part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence than the taking of a photograph or fingerprints. I therefore conclude that ss. 11(*h*) and 11(*i*) have no application to this case.

7. Disposition

66 For these reasons, I would answer the constitutional questions in the negative. Section 487.055(1) of the *Criminal Code* does not infringe ss. 7, 8, 11(*h*) and 11(*i*) of the *Charter*. I would also conclude that there is no reason to interfere with the authorization judge's discretion to proceed with the s. 487.055(1) application on an *ex parte* basis. He was statutorily authorized to do so and no suggestion has been made that, if indeed so authorized, he

[TRADUCTION] La possibilité que l'existence d'un profil d'identification génétique décourage la récidive est un avantage secondaire qui ne fait cependant pas de l'autorisation une peine. L'intérêt légitime de l'État que sert l'autorisation est celui de résoudre les crimes et non celui de sanctionner les contrevenants. [par. 102]

Comme le dit le ministère public dans son mémoire, [TRADUCTION] « [i]l est vrai que de nombreuses peines visent la dissuasion, mais il ne s'ensuit pas que chaque mesure ayant un effet dissuasif constitue, par définition, une "peine". Par exemple, les contrôles routiers inopinés pour vérifier l'alcoolémie des automobilistes ont pour effet, espère-t-on, de dissuader la conduite en état d'ébriété, mais on ne saurait qualifier de "peine" une mesure de répression générale de l'alcool au volant. » Enfin, l'argument voulant qu'une stigmatisation certaine se rattache au prélèvement d'un échantillon d'ADN n'est pas convaincant. À part l'inscription dans les registres du Centre d'information des services canadiens de police, rien ne permet de savoir que l'échantillon d'ADN d'une personne se trouve dans la banque de données. La stigmatisation, si elle existe, résulte assurément des déclarations de culpabilité à l'origine de l'autorisation. Quoi qu'il en soit, le fait qu'il puisse stigmatiser jusqu'à un certain point ne fait pas d'un traitement une peine. Le simple fait d'être arrêté et accusé d'une infraction criminelle peut être infamant.

Le prélèvement d'échantillons d'ADN pour analyse génétique ne fait pas davantage partie des sanctions dont est passible la personne accusée d'une infraction donnée que la prise de photographies ou des empreintes digitales. Je conclus donc que les al. 11*h*) et *i*) ne s'appliquent pas en l'espèce.

7. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre par la négative aux questions constitutionnelles. Le paragraphe 487.055(1) du *Code criminel* ne contrevient ni aux art. 7 et 8 de la *Charte* ni à ses al. 11*h*) et *i*). Je conclus également qu'il n'y a aucun motif de réformer la décision du juge d'entendre *ex parte* la demande visée au par. 487.055(1). La loi autorisait le juge à le faire et aucune partie n'a laissé entendre que, même s'il y était autorisé, il n'a pas bien

did not exercise his discretion judicially. I would therefore allow the Crown's appeal, set aside the decision of the Court of Appeal for Ontario, dismiss Mr. Rodgers' cross-appeal and dismiss his *Charter* and *certiorari* applications.

The reasons of Binnie, Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

Overview

I agree with two of Justice Charron's principal findings. With respect, however, they lead me to a different conclusion.

First, I agree that s. 487.055(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with which we are concerned here, cannot pass constitutional muster unless it complies with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In Charron J.'s words, "[t]here is no question that the taking of bodily samples for DNA analysis without the person's consent constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*" (para. 25). Section 8 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure."

Accordingly, the outcome of this appeal depends on whether the impugned provision is reasonable within the meaning of s. 8.

Second, I agree with Charron J. that s. 487.055(1) contemplates discretionary judicial orders without notice to the persons against whom those orders are made. I should think it obvious that this discretion must be exercised in accordance with the relevant factors explicitly set out in s. 487.055(3.1) of the *Criminal Code* and any other factors that are implicitly relevant.

Accordingly, it seems to me that the core issue on this appeal is whether there is any

exercé son pouvoir discrétionnaire. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, de rejeter le pourvoi incident de M. Rodgers ainsi que sa demande fondée sur la *Charte* et sa demande de *certiorari*.

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

Introduction

67 Je souscris à deux des principales conclusions de la juge Charron. Avec égards, cependant, elles me mènent à un résultat différent.

68 Je conviens premièrement que le par. 487.055(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la disposition litigieuse en l'espèce, ne peut résister au contrôle constitutionnel que s'il respecte l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'affirme ma collègue, « [i]l ne fait aucun doute que le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique sans le consentement de l'intéressé constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* » (par. 25), lequel dispose que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

69 L'issue du pourvoi dépend donc du caractère abusif ou non, au sens de l'art. 8, de la disposition contestée.

70 Deuxièmement, comme la juge Charron, j'estime que le par. 487.055(1) prévoit l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sans préavis à l'intéressé. Il va de soi, à mon sens, que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé compte tenu des critères pertinents prescrits au par. 487.055(3.1) du *Code criminel*, ainsi que de tout autre implicitement applicable.

71 Il appert donc que le présent pourvoi pose essentiellement la question de savoir s'il est

reasonable basis for presumptively excluding the subject of the order from the hearing at which it is made. That person, after all, has the most to lose if the order is erroneously made — and will often be in the best position to correct erroneous information upon which the judge might otherwise be required to rely.

72 The Crown advances several reasons that are said to justify proceeding *ex parte*. First, it is said there will be few cases in which an application for a DNA order under s. 487.055(1) can, or will, be successfully opposed. With respect, this does not appear to me to be a persuasive argument for depriving those against whom the order would otherwise be wrongfully made of the opportunity to prevent this from happening.

73 Another justification, advanced by my colleague, is that errors made by the issuing trial judge are subject to prerogative review. With respect, I find it difficult to understand how the possibility of a cumbersome and expensive *ex post facto* review on narrow jurisdictional grounds can be considered an adequate substitute for a fair hearing on the application for an order — a simple and expeditious opportunity to prevent erroneous orders and unwarranted seizures *from occurring*. As Dickson J. (later C.J.C.) stated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, s. 8 of the *Charter* "requires a means of *preventing* unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place" (p. 160 (emphasis in original)).

74 Finally, it is argued that giving notice to the subject of a s. 487.055 order might lead to frustration of the purposes of the proposed DNA seizure. This proposition does not resist even summary analysis.

75 Section 487.055 requires convicted offenders, upon notice, to appear at a given time and place in order to provide a bodily sample. If they are no longer in custody and do not flee when they receive this notice to appear, it is difficult for me to understand why they would flee if they are instead given

raisonnablement fondé de conclure que l'intéressé est de prime abord exclu de l'audition de la demande d'autorisation. Après tout, c'est lui qui a le plus à perdre si l'autorisation est accordée à tort et qui est souvent le mieux placé pour rectifier tout renseignement erroné que le juge pourrait autrement devoir prendre en considération.

Le ministère public invoque plusieurs motifs d'entendre la demande *ex parte*. Il prétend premièrement qu'il est rare que la demande d'autorisation fondée sur le par. 487.055(1) puisse être contestée avec succès ou qu'elle le soit. Cela ne justifie pas d'empêcher l'intéressé de contester la demande lorsque l'autorisation pourrait être accordée à tort.

Ma collègue invoque un autre motif : la possibilité d'une révision par voie de *certiorari* de toute erreur commise par le juge qui accorde l'autorisation. En toute déférence, je ne vois pas comment une éventuelle révision *ex post facto*, à la fois lourde et coûteuse, ne pouvant avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence, peut être considérée comme un bon substitut à l'audition équitable de la demande — un moyen simple et expéditif de *prévenir* une autorisation et une saisie injustifiées. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a affirmé dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, l'art. 8 de la *Charte* « requiert un moyen de *prévenir* les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (souligné dans l'original)).

On fait valoir en dernier lieu qu'un préavis à l'intéressé pourrait aller à l'encontre des objets de la saisie d'ADN projetée. Cet argument ne résiste même pas à l'analyse sommaire.

L'article 487.055 fait obligation au condamné de se présenter aux date, heure et lieu fixés dans l'avis pour fournir un échantillon de substances corporelles. S'il n'est plus sous garde et qu'il ne prend pas la fuite sur réception de l'avis, je vois difficilement pourquoi il le ferait s'il recevait un préavis

notice that an application for the order will be made and informed of their opportunity to make appropriate representations. If they are still in custody, then I think it absurd to suggest that they might flee if they are likewise given notice of the contemplated application.

de la demande d'autorisation et s'il était informé de son droit de se faire entendre. S'il est toujours sous garde, il est absurde de craindre qu'il puisse se soustraire à la justice si un avis l'informait de la demande projetée.

And finally, in either instance, persons who are notified of the application before the order is made can hardly thereupon hide or destroy their bodily samples so as to prevent their seizure, should the order sought by the authorities be made by the judge!

76 Enfin, dans l'un et l'autre cas, la personne qui reçoit un préavis peut difficilement dissimuler ou détruire ses échantillons de substances corporelles pour empêcher leur saisie éventuelle par les autorités!

II

II

Proceeding *Ex Parte*

L'audition *ex parte*

Mr. Rodgers argues that holding the authorization hearings *ex parte*, absent any reason to proceed without notice or participation, does not satisfy the constitutional requirements of s. 8. I agree.

77 M. Rodgers soutient, avec raison selon moi, que l'audition *ex parte* de la demande, sans motif justifiant l'absence de préavis ou de participation, ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles de l'art. 8.

Like Charron J., I believe that s. 487.055(1) contemplates presumptively *ex parte* hearings. The judge is empowered to hold the hearing *inter partes*, but the statute presumes that the data bank order will be issued without notice or participation.

78 Comme la juge Charron, je suis d'avis que le par. 487.055(1) établit une présomption d'audition *ex parte*. Le juge peut entendre la demande *inter partes*, mais la loi présume que l'autorisation de prélèvement d'échantillons destinés à la banque de données génétiques est accordée sans préavis ni participation.

Speaking for a unanimous court, Doherty J.A. held that procedural fairness and *Charter* principles "require notice to the individual whose liberty and security of the person interests are potentially affected by the order unless the Crown can establish legitimate grounds . . . for proceeding without notice" ((2004), 70 O.R. (3d) 97, at para. 45). Charron J., on the other hand, finds that because the constitutional norm of procedural fairness depends on context, notice and participation are not necessarily required.

79 Exprimant l'opinion unanime de la Cour d'appel, le juge Doherty a dit que l'équité procédurale et les principes consacrés par la *Charte* [TRADUCTION] « exigent qu'un préavis soit donné à l'intéressé lorsque son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne risque d'être touché par l'autorisation, à moins que le ministère public n'établisse l'existence de motifs valables [. . .] d'agir sans préavis » ((2004), 70 O.R. (3d) 97, par. 45). Selon ma collègue, toutefois, puisque l'équité procédurale — la norme constitutionnelle applicable — dépend du contexte, préavis et participation ne sont pas nécessairement obligatoires.

This Court has indeed asserted, repeatedly, that the nature and extent of procedural fairness depends

80 Notre Cour a confirmé maintes fois que la nature et l'étendue de l'équité procédurale dépendent du

on context (Charron J., at para. 47). In this regard, however, I find particularly instructive the most recent formulation of the governing principles.

81 In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, a unanimous Court permitted departure from the "general rule" that

> a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. [para. 40]

82 And, while recognizing that this rule is not absolute, the Court took care to emphasize that "the circumstances in which a court will accept *ex parte* submissions are exceptional" (para. 38). The contextual approach does, as Charron J. states, permit departure from the norm of providing notice and permitting participation in the hearing. But only "exceptionally", as the Court stated in *Ruby* — and, in my view, not without cause or justification.

83 In this case, context and principle both favour *inter partes* and not *ex parte* hearings. Unlike in *Ruby*, we have been shown no serious reason at all to depart from the venerable norm of providing notice and participation, and there are important grounds for not doing so.

84 The Court has noted the kind of compelling reasons for which, exceptionally, *ex parte* hearings will be permitted. In *Ruby*, Arbour J. explained that they are limited to cases where the "delay associated with notice would result in harm or where there is a fear that the other party will act improperly or irrevocably if notice were given" (para. 25). Similarly, in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, the Court upheld the constitutionality of *ex parte* proceedings for DNA warrant orders "because of the risk that the suspect would take steps to frustrate the proper execution of the warrant" (para. 56).

contexte (motifs de la juge Charron, par. 47). À cet égard, toutefois, la formulation la plus récente des principes applicables me paraît particulièrement éclairante.

Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, les juges unanimes de notre Cour ont permis une dérogation à la « règle générale » selon laquelle :

> . . . le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci. [par. 40]

Tout en reconnaissant qu'il ne s'agissait pas d'une règle absolue, notre Cour a pris la peine de préciser que « ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tribunal entend des arguments en l'absence d'une partie » (par. 38). La juge Charron signale que la méthode contextuelle permet de s'écarter de la norme exigeant préavis et participation. Or, comme l'a dit notre Cour dans *Ruby*, cette dérogation n'est permise qu'à titre « exceptionnel » et, selon moi, pas sans cause ou justification.

En l'espèce, tant le contexte que les principes militent en faveur d'une audition *inter partes* plutôt qu'*ex parte*. Aucun motif sérieux de déroger à l'exigence vénérable du préavis et de la participation n'a été invoqué — alors que dans l'affaire *Ruby*, un tel motif l'avait été —, et il existe des raisons importantes de s'en abstenir.

Notre Cour a précisé quelles raisons impérieuses pouvaient, à titre exceptionnel, permettre la tenue d'une audience *ex parte*. Dans l'arrêt *Ruby*, la juge Arbour a expliqué qu'il n'y en avait que deux : lorsque « le délai occasionné par la signification d'un avis serait préjudiciable » ou que « l'on craint que l'autre partie n'agisse de façon irrégulière ou irrévocable si un avis lui est donné » (par. 25). De même, dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, notre Cour a jugé constitutionnelle l'audition *ex parte* d'une demande de mandat ADN « vu le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat » (par. 56).

None of these factors justifies proceeding *ex parte* in this case.

First, it is impossible for a subject to destroy his DNA sample. "[B]odily samples . . . are usually in no danger of disappearing": *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 49. And DNA evidence in particular can be obtained through a variety of approved tests.

Second, as mentioned earlier, notice and participation in the hearing create no enhanced risk of flight. Section 487.055 applies only to offenders who, on the date of the application, are still serving a sentence of imprisonment. Offenders in custody are not in a position to flee; those who are on parole and are minded to flee are perhaps less and not more likely to do so if they are afforded an opportunity to oppose the order. Proceeding *ex parte* carries with it no element of surprise: under s. 487.055, a data bank order simply requires the subject to report at the place, date and time set out in the summons. Neither the capacity nor the motivation to flee would in any way be enhanced by providing notice and permitting participation in the hearing. The state interest in proceeding *ex parte* where there is no reason to do so is therefore minimal, at best.

In any event, an assessment of the state's interest must consider as well the competing interests of those whom the state is required to protect. As the Court explained in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, determining the "nature and extent of procedural safeguards" requires balancing the "competing interest of the state and the individual" (p. 657).

A s. 487.055 target has a legitimate interest in presenting information that may well persuade the judge not to issue an order. Parliament contemplated that there would be instances in which an order might be properly denied, and has for this reason required the authorizing judge to consider all of the relevant factors, including "the person's criminal record, the nature of the offence and the

En l'espèce, aucun de ces motifs ne justifie l'audition *ex parte*. 85

Premièrement, l'intéressé ne peut détruire ses échantillons de substances corporelles, et ceux-ci « ne risquent pas habituellement de disparaître » : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 49. Un élément de preuve génétique peut être obtenu au moyen de divers tests approuvés. 86

Deuxièmement, je le rappelle, le préavis et la participation à l'audience n'accroissent pas le risque de fuite. L'article 487.055 ne s'applique qu'aux contrevenants qui purgent encore une peine d'emprisonnement à la date de la demande. Un contrevenant sous garde n'est pas en mesure de fuir; celui qui, bénéficiant d'une liberté conditionnelle, songerait à fuir, y sera probablement moins enclin s'il a la possibilité de contester la demande d'autorisation. L'audition *ex parte* ne comporte aucun élément de surprise : l'autorisation accordée en vertu de l'art. 487.055 exige simplement de l'intéressé qu'il se présente aux date, heure et lieu fixés dans la sommation. Donner un préavis à l'intéressé et lui permettre de participer à l'audience ne faciliteraient pas sa fuite ni ne la favoriseraient. Partant, l'intérêt qu'a l'État à ce que la demande soit entendue en l'absence de l'intéressé, lorsque rien ne justifie l'audition *ex parte*, est au mieux minimal. 87

Quoi qu'il en soit, l'appréciation de l'intérêt de l'État doit également tenir compte des intérêts opposés de ceux que l'État est censé protéger. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, « [p]our déterminer la nature et l'étendue des garanties procédurales », il faut mettre en balance « les intérêts opposés de l'État et du particulier » (p. 657). 88

La personne visée à l'art. 487.055 a légitimement intérêt à saisir le juge de renseignements qui pourraient bien le convaincre de refuser l'autorisation. Le législateur a envisagé qu'un tel refus puisse être valablement opposé. C'est pourquoi il a fait obligation au juge de prendre en compte tous les critères pertinents, notamment « l'effet [que l'autorisation] aurait sur la vie privée de l'intéressé 89

circumstances surrounding its commission", as well as "the impact such an authorization would have on the privacy and security of the person" (s. 487.055(3.1)).

90 Proceeding *ex parte* makes it more difficult — often impossible — for the judge to consider these factors. The statutory safeguard requiring consideration of the individual's interest is thus rendered illusory by proceeding *ex parte* without reason.

91 Offenders targeted by an application may well have information, to which they alone are privy, that is relevant to the required exercise of judicial discretion under s. 487.055(3.1). Moreover, the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, came into force after offenders covered by s. 487.055 had been convicted. At the time of their convictions, unlike others included in the data bank, these offenders had no reason to place on the record information that might be relevant to a DNA data bank order.

92 The risk inherent in denying them that opportunity is further heightened where the offender entered a guilty plea and there was no full trial. Factors relevant to a DNA order but not to the sentence are in such cases unlikely to have been canvassed at the time. Information that is relevant on an application under s. 487.055(3.1) would thus be absent from the record placed before the judge who must decide it.

93 Charron J. points out that under s. 487.07 of the *Criminal Code*, the person taking the sample has the duty to inform the subject of the "contents of the authorizing document and the purpose of taking the samples" (para. 52). In her view, this ensures that the offender will be apprised of the basis for the order, and if he or she feels that basis is insufficient, that error is reviewable on *certiorari*.

94 *Certiorari*, as mentioned earlier, is a costly and cumbersome *ex post facto* procedure available on

et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration » (par. 487.055(3.1)).

L'audition *ex parte* rend l'examen de ces critères plus difficile et souvent impossible, et lorsqu'elle n'est pas justifiée, elle rend illusoire l'exigence légale de prendre en compte l'intérêt du contrevenant.

Le contrevenant visé par la demande d'autorisation peut fort bien être en possession de renseignements connus de lui seul et qui importent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire prescrit au par. 487.055(3.1). De plus, la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, est entrée en vigueur après la déclaration de culpabilité des contrevenants visés à l'art. 487.055. Au moment où ils ont été reconnus coupables, ces contrevenants, contrairement aux autres fichés, n'avaient aucune raison de verser au dossier des renseignements susceptibles d'influencer la décision d'autoriser ou non un prélèvement destiné à la banque de données génétiques.

Le risque inhérent à tout refus d'entendre l'intéressé est encore plus grand lorsque ce dernier a été déclaré coupable sur plaidoyer de culpabilité, sans procès, car il est peu probable que les critères pertinents pour l'autorisation de prélèvement, mais non pour la détermination de la peine, aient alors fait l'objet d'un examen. Un renseignement pertinent suivant le par. 487.055(3.1) ne figurerait donc pas au dossier du juge appelé à statuer sur la demande.

La juge Charron signale que suivant l'art. 487.07 du *Code criminel*, la personne qui prélève les échantillons est tenue de communiquer à l'intéressé « la teneur [de l'autorisation] et le but du prélèvement » (par. 52), de sorte que, selon elle, le contrevenant est informé des motifs de l'autorisation et que, s'il les juge insuffisants, il peut obtenir la révision de l'ordonnance par voie de *certiorari*.

Je l'ai déjà signalé, la requête en *certiorari* est un recours *ex post facto* à la fois coûteux et

narrow jurisdictional grounds. An order wrongly made cannot be reversed on a demonstration of error alone. In my respectful view, recourse to proceedings in *certiorari* is of no comfort at all to persons who, but for their exclusion from the hearing, would have prevented that error from occurring — and would not have suffered the consequences, without reason or justification.

lourd qui ne peut avoir pour fondement que certains motifs précis liés à la compétence. La simple preuve d'une erreur ne suffit pas pour faire infirmer une ordonnance. En toute déférence, le *certiorari* n'est d'aucun secours à celui qui, s'il n'avait pas été exclu sans raison de l'instance, aurait pu prévenir l'erreur et ne pas en subir les conséquences.

III

III

Summary and Conclusion

Résumé et conclusion

The DNA data bank constitutes a substantial and novel invasion of privacy. A "hit" between a sample in the data bank and one in the DNA crime index will often qualify as a sufficient basis for obtaining a DNA search warrant for the offender. While traditional investigative techniques are still required, the DNA data bank facilitates the process, pointing to specific offenders who remain in the data bank for life. These considerations underline the importance of providing notice and affording those whose privacy interests are at stake an opportunity to participate in the hearing except where competing interests otherwise require.

95 La banque de données génétiques constitue une atteinte nouvelle et substantielle à la vie privée. Une simple correspondance entre un profil qu'elle renferme et un autre figurant au fichier de criminalistique justifiera souvent l'obtention d'un mandat de perquisition ADN. Même s'il faut encore recourir aux techniques classiques, l'enquête est facilitée par le fait que la banque de données génétiques identifie certains contrevenants dont elle conserve indéfiniment les profils. Ces considérations font ressortir l'importance de donner à celui dont la vie privée est en jeu un préavis et la possibilité de se faire entendre, sauf si des intérêts opposés commandent le contraire.

In the present matter, we have been shown no cause or justification for proceeding *ex parte*, while the reasons for giving notice are both compelling and self-evident. The judge retains discretion, in any event, to order an *ex parte* hearing when there is a reasonable basis for doing so in the particular circumstances of the case.

96 En l'espèce, aucun motif d'entendre la demande *ex parte* n'a été établi, alors que les raisons de donner un préavis sont à la fois impérieuses et évidentes. Le juge peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'audition *ex parte* de la demande lorsque les circonstances le justifient.

For all of these reasons, as stated at the outset, I have concluded that s. 487.055 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 8 of the *Charter*.

97 Pour ces motifs, comme je l'ai dit au début des présents motifs, je conclus que l'art. 487.055 du *Code criminel* va à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*.

In its admirably succinct treatment of the remaining issue — whether the impugned statutory provision is a "reasonable limit" within the meaning of s. 1 of the *Charter* — the Crown simply "relies upon the considerations advanced in support of the conclusion that [s. 487.055] permitted only 'reasonable' searches and seizures". Since those

98 Dans sa plaidoirie remarquablement concise concernant la dernière question à trancher — la disposition contestée constitue-t-elle une « limite raisonnable » au sens de l'article premier de la *Charte* —, le ministère public se contente d'invoquer [TRADUCTION] « les arguments avancés pour conclure que [l'art. 487.055] ne permet que les

considerations fail to persuade me in respect of s. 8, they necessarily fail as well with regard to s. 1.

99 To the extent of its inconsistency with s. 8 of the *Charter*, s. 487.055 is therefore, in my respectful view, of no force or effect.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, BINNIE, DESCHAMPS *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Crown Law Office, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Lafontaine & Associates, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Vancouver.

fouilles, les perquisitions ou les saisies "non abusives" ». Ces arguments ne me convainquent pas du respect de l'art. 8, et ils ne le font certainement pas davantage quant au respect de l'article premier.

Je suis donc d'avis que l'art. 487.055 est inopérant dans la mesure où il est incompatible avec l'art. 8 de la *Charte*.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, les juges BINNIE, DESCHAMPS *et* FISH *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Bureau des avocats de la Couronne, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Lafontaine & Associates, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Rita Graveline *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GRAVELINE

Neutral citation: 2006 SCC 16.

File No.: 31020.

2006: March 14; 2006: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether Crown met its burden for having jury verdict set aside and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

The accused was charged with the second-degree murder of her husband. The only defence advanced by the accused throughout the trial was non-mental disorder automatism. In his charge, the trial judge nonetheless opened, as well, for the jury's consideration, the possibility of an acquittal on the basis that the accused had shot her husband in self-defence. The accused was acquitted. On an appeal by the Crown under s. 676(1)(*a*) of the *Criminal Code*, the Court of Appeal, in a majority judgment, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (LeBel J. dissenting): The appeal should be allowed and the verdict of acquittal restored.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ.: An appeal by the Crown under s. 676(1)(*a*) of the *Code* cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. It is the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the appellate court that the trial judge's error might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Crown is not required to persuade the court that the verdict would necessarily have been different. Here, it is conceded by the Crown that the defence of non-mental disorder automatism was properly put to the jury, and it

Rita Graveline *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GRAVELINE

Référence neutre : 2006 CSC 16.

N° du greffe : 31020.

2006 : 14 mars; 2006 : 27 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public à l'encontre du verdict d'acquittement — Le ministère public s'est-il acquitté du fardeau qui lui incombait en vue d'obtenir que le verdict du jury soit annulé et qu'un nouveau procès soit ordonné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

L'accusée a été inculpée du meurtre au second degré de son mari. Le seul moyen de défense invoqué par l'accusée tout au long du procès est l'automatisme sans troubles mentaux. Dans ses directives au jury, le juge du procès a néanmoins amené le jury à examiner aussi la possibilité d'un acquittement fondé sur le fait que l'accusée avait tué son mari en légitime défense. L'accusée a été acquittée. Le ministère public a interjeté appel aux termes de l'al. 676(1)*a*) du *Code criminel* et la Cour d'appel à la majorité a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge LeBel est dissident) : Le pourvoi est accueilli et le verdict d'acquittement est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Charron : Un appel interjeté par le ministère public aux termes de l'al. 676(1)*a*) du *Code* ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été l'erreur de droit. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur du premier juge a eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le ministère public n'est pas tenu de persuader la cour que le verdict aurait nécessairement été différent. En l'espèce, le ministère public a concédé que

is conceded by the defence that the evidentiary foundation for the additional defence opened by the trial judge was weak. There is no suggestion, however, that the errors imputed to the trial judge had any bearing, direct or indirect, on the legality of an acquittal based on the defence of non-mental disorder automatism. Rather, the Crown contends that the jury might have acquitted the accused on the ground of self-defence. While this alone does not, as a matter of principle, bar a Crown appeal under s. 676(1)(*a*), a review of the record indicates that the Crown has failed to discharge its "very heavy" burden for having the jury verdict set aside. In effect, what the Crown seeks is a finding that the jury acquitted on what the Crown characterizes as an unreasonable basis rather than on the reasonable basis that it recognizes to exist. [9] [14] [17-19]

Per LeBel J. (dissenting): Although an appellate court is necessarily unaware of the basis on which a jury acquitted an accused, it must try to make a reasonable assessment of the impact of the errors on which the prosecution bases its appeal. In the case at bar, the Crown had sufficient grounds to contest the verdict and seek a new trial. The trial was seriously tainted because of the way the defences of the accused were presented and because of errors made in the instructions given regarding self-defence. The Court of Appeal therefore did not overstep its powers by concluding that it had to intervene because of the apprehended impact of the errors on the assessment of evidence that was common to both defences and on the resulting verdict. The Crown has discharged its burden, pursuant to the case law, for having an acquittal by a jury set aside. [21-22] [27] [30]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Livermore, [1995] 4 S.C.R. 123; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 34(2), 676(1)(*a*).

la défense d'automatisme sans troubles mentaux a été soumise correctement à l'appréciation du jury, et l'avocat de la défense a concédé que la preuve à l'appui de la défense additionnelle exposée au jury par le juge du procès était faible. Personne n'allègue cependant que les erreurs imputées au juge du procès ont eu une incidence, directe ou indirecte, sur la légalité d'un acquittement reposant sur la défense d'automatisme sans troubles mentaux. Le ministère public soutient plutôt que le jury aurait pu fonder l'acquittement sur la légitime défense. Bien que cela seul n'empêche pas en principe un appel du ministère public aux termes de l'al. 676(1)*a*), l'examen du dossier indique que le ministère public ne s'est pas acquitté de sa « très lourde » charge pour obtenir l'annulation du verdict du jury. De fait, le ministère public cherche à obtenir une conclusion que le jury a rendu un verdict d'acquittement sur un fondement que le ministère public qualifie de déraisonnable, plutôt que sur le fondement raisonnable dont il reconnaît l'existence. [9] [14] [17-19]

Le juge LeBel (dissident) : Bien qu'un tribunal d'appel ignore nécessairement sur quelle base les jurés ont acquitté l'accusé, il doit tenter d'évaluer raisonnablement l'impact des erreurs invoquées par la poursuite. En l'espèce, le ministère public avait des raisons suffisantes pour attaquer la validité du verdict et réclamer un nouveau procès. Le procès a été gravement vicié en raison de la façon dont les moyens de défense de l'accusée ont été présentés et des erreurs contenues dans les directives données au sujet de la légitime défense. La Cour d'appel n'a donc pas excédé ses pouvoirs en concluant à la nécessité d'une intervention en raison de l'impact appréhendé des erreurs sur l'étude d'une preuve commune aux deux défenses et sur le verdict qui en a résulté. Le ministère public a satisfait au fardeau lourd que lui impose la jurisprudence pour obtenir l'annulation d'un acquittement prononcé par un jury. [21-22] [27] [30]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, 2000 CSC 50.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Livermore, [1995] 4 R.C.S. 123; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34(2), 676(1)*a*).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Rousseau-Houle and Nuss JJ.A.), [2005] R.J.Q. 1662, 200 C.C.C. (3d) 247, [2005] Q.J. No. 7186 (QL), 2005 QCCA 574, setting aside a verdict of acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed, LeBel J. dissenting.

Isabelle Doray, for the appellant.

Denis Pilon and *Martin Côté*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

FISH J. — The appellant was charged with second-degree murder for having caused the death of her husband on August 10, 1999. She was acquitted by a jury of that charge (and of the included offence of manslaughter). On an appeal by the Crown against that verdict, the Court of Appeal for Quebec, in a majority judgment, set aside the appellant's acquittal by the jury and ordered a new trial ([2005] R.J.Q. 1662, 2005 QCCA 574). This is an appeal as of right based on the dissent of Rousseau-Houle J.A. in the Court of Appeal.

The appellant's defence at trial was that she had acted in a state of non-mental disorder automatism. In this regard, two expert witnesses were called by the defence and one expert was called in reply by the Crown. All three experts agreed that the appellant had no memory of the shooting. The defence experts concluded that she had acted in a state of automatism brought on shortly before the shooting by her traumatic relationship with her husband and the surrounding circumstances. The Crown's expert was of a different view. He agreed that the appellant's amnesia was genuine but, in his opinion, it *followed* rather than *preceded* the shooting.

At the very outset of the trial, before any evidence had been called, defence counsel told the jury that he would be leading evidence to establish

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Rousseau-Houle et Nuss), [2005] R.J.Q. 1662, 200 C.C.C. (3d) 247, [2005] A.Q. nº 7186 (QL), 2005 QCCA 574, qui a infirmé un verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge LeBel est dissident.

Isabelle Doray, pour l'appelante.

Denis Pilon et *Martin Côté*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE FISH — L'appelante a été accusée de meurtre au second degré pour avoir causé la mort de son mari le 10 août 1999. Un jury l'a acquittée de cette accusation (ainsi que relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable). Le ministère public a interjeté appel et la Cour d'appel du Québec à la majorité a annulé le verdict d'acquittement de l'appelante rendu par le jury et a ordonné la tenue d'un nouveau procès ([2005] R.J.Q. 1662, 2005 QCCA 574). Il s'agit d'un appel de plein droit fondé sur la dissidence de la juge Rousseau-Houle de la Cour d'appel. 1

Au procès, l'appelante a invoqué en défense l'automatisme sans troubles mentaux. À cet égard, deux experts ont été cités à témoigner pour la défense et un autre, en contre-preuve, pour le ministère public. Les trois experts ont affirmé que l'appelante n'avait aucun souvenir du coup de feu. Selon les experts de la défense, elle a agi dans un état d'automatisme causé, peu de temps avant le coup de feu, par la relation traumatisante qu'elle vivait avec son mari et par les circonstances qui l'entouraient. L'expert cité par le ministère public a admis que l'amnésie de l'appelante était bien réelle mais a affirmé qu'à son avis, cette amnésie a *suivi* et non *précédé* le coup de feu. 2

Au tout début du procès, avant même qu'un élément de preuve soit présenté, l'avocat de la défense a déclaré au jury qu'il présenterait une preuve 3

that the appellant had been the victim of terrible abuse, mental and physical, for some 30 years. That assertion is amply supported by the evidence and is not in dispute. Defence counsel stated as well that, as a result of this abuse, the appellant suffered at the time of the shooting from "battered wife syndrome". And it is not in dispute that she did.

4 The trial judge promptly made it clear to counsel and to the jury that "battered wife syndrome" was not in itself a defence to a criminal charge in Canada. In this context, he asked whether defence counsel intended to argue that the appellant had acted in self-defence. Defence counsel responded affirmatively.

5 Notwithstanding this initial response by defence counsel, it is common ground that the only defence advanced by the accused throughout the trial was non-mental disorder automatism. Indeed, we are advised by counsel for both sides that self-defence was not at all in issue in their closing addresses to the jury.

6 Bearing in mind the record at trial, Crown counsel quite properly conceded in the Court of Appeal that the defence had met the evidentiary burden with respect to non-mental disorder automatism and that there existed the required evidentiary foundation for the judge to put this defence to the jury. That concession was reiterated in this Court, where there is no longer any live issue as to the trial judge's instructions regarding *the sole defence advanced by the appellant at trial* — non-mental disorder automatism.

7 That, however, does not end the matter. Notwithstanding the Crown's objection at what appears to have been a conference in chambers, the trial judge, on his own initiative, opened for the jury's consideration the possibility of an acquittal on the basis that the appellant had shot her husband in self-defence. On the appeal in this Court, appellant's counsel (who did not appear at trial) concedes that the evidence of self-defence was weak and was not at all relied upon by the appellant at

établissant que l'appelante avait été pendant 30 ans victime d'une terrible violence mentale et physique. Cette affirmation est amplement étayée par la preuve et n'est pas contestée. L'avocat de la défense a aussi déclaré que, en raison de cette violence, l'appelante souffrait, au moment du coup de feu, du « syndrome de la femme battue ». Ce fait n'est pas contesté.

Le juge du procès a tout de suite indiqué clairement aux avocats et au jury que le « syndrome de la femme battue » n'est pas en soi un moyen de défense à une accusation criminelle en droit canadien. Dans ce contexte, il a demandé si l'avocat de la défense entendait invoquer la légitime défense. Ce dernier a répondu par l'affirmative.

Malgré cette réponse initiale de l'avocat de la défense, il est admis que l'automatisme sans troubles mentaux est le seul moyen de défense invoqué par l'accusée tout au long du procès. En fait, les avocats des deux parties nous ont informé que dans leurs exposés finaux au jury, ils n'ont nullement fait état de la légitime défense.

Gardant à l'esprit le dossier du procès, l'avocate du ministère public a à juste titre admis devant la Cour d'appel que la défense s'était acquittée de son fardeau de présentation en ce qui a trait à l'automatisme sans troubles mentaux et que les éléments de preuve justifiaient que le juge soumette cette défense à l'appréciation du jury. Il a réitéré cette concession devant notre Cour, où ne sont plus désormais en litige les directives données par le juge du procès concernant *le seul moyen de défense invoqué par l'appelante au procès* — l'automatisme sans troubles mentaux.

Cela toutefois ne met pas fin au pourvoi. Malgré l'objection formulée par le ministère public à l'occasion de ce qui semble avoir été une discussion en chambre, le juge du procès a, de sa propre initiative, amené le jury à examiner la possibilité d'acquitter l'appelante au motif qu'elle avait tué son mari en légitime défense. Devant notre Cour, l'avocate de l'appelante (qui n'a pas participé au procès) a concédé que la preuve relative à la légitime défense était faible et que l'appelante ne l'avait aucunement

trial. Understandably, however, it is the appellant's submission that there was a sufficient evidentiary basis for the trial judge to open self-defence for the jury's consideration.

On its appeal to the Court of Appeal, the Crown invoked two main grounds: first, that there was no evidentiary basis at all for the jury, properly instructed and acting reasonably, to acquit the appellant on the ground that she had acted in self-defence; second, that the trial judge had in any event misdirected the jury with respect to that defence.

This is an unusual and difficult case in several respects. The first relates to the respective concessions of counsel. On the one hand, it is conceded by the Crown that the only defence advanced by the appellant at trial was properly put to the jury by the trial judge. On the other hand, it is conceded by the appellant that the evidentiary foundation for the additional defence opened by the trial judge was indeed weak.

In this light, the decision of defence counsel not to plead self-defence appears to us not only appropriate, but also strategically sound: first, because there is an inherent risk that advancing a weak defence will detract from a strong defence amply supported by the evidence; second, because the particular defences in issue here — automatism and self-defence — are, as the Crown suggested on the hearing of this appeal, incompatible in theory, though perhaps not always in practice. That is because self-defence implies deliberate conduct that is at odds with the fundamental premise of automatism, a state of dissociative, involuntary conduct.

The second aspect of this matter which makes it unusual is closely related to the first. Mindful of his duty to put before the jury any defence upon which the jury might reasonably find in favor of the

invoquée au procès. On comprend pourquoi l'appelante affirme cependant que le juge du procès disposait d'éléments de preuve suffisants pour amener le jury à examiner la thèse de la légitime défense.

8 Au soutien de son appel devant la Cour d'appel, le ministère public a invoqué principalement deux motifs : premièrement, qu'aucune preuve ne permettait au jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, d'acquitter l'appelante parce qu'elle avait agi en légitime défense; deuxièmement, que le juge du procès avait en tout état de cause donné au jury des directives erronées concernant ce moyen de défense.

9 Il s'agit d'une affaire inhabituelle et difficile à plusieurs égards. Il y a d'abord les concessions respectives des avocats. D'une part, le ministère public a concédé que le juge du procès a soumis correctement à l'appréciation du jury le seul moyen de défense invoqué par l'appelante au procès. D'autre part, l'appelante a concédé que la preuve à l'appui de la défense additionnelle exposée au jury par le juge du procès était effectivement faible.

10 Dans ce contexte, la décision de l'avocat de la défense de ne pas plaider la légitime défense nous apparaît non seulement appropriée, mais également judicieuse au plan stratégique : d'abord parce qu'il existe un risque inhérent à invoquer un moyen de défense faible susceptible de porter atteinte à une défense solide amplement étayée par la preuve; ensuite parce que les moyens de défense particuliers en l'espèce — l'automatisme et la légitime défense — sont, comme l'a dit le ministère public à l'audition du présent pourvoi, incompatibles en théorie, même si ce n'est peut-être pas toujours le cas en pratique. Cela s'explique par le fait que la légitime défense suppose une conduite délibérée qui va à l'encontre de la prémisse fondamentale de l'automatisme, soit un état de dissociation et une conduite involontaire.

11 Le second aspect de l'affaire qui lui confère un caractère inhabituel est étroitement lié au premier. Conscient de son obligation de soumettre à l'appréciation du jury toute défense qui permettrait au jury

accused, the trial judge felt bound to open even a weak defence that was conceptually incompatible with the position taken by defence counsel. In the result, putting self-defence to the jury for the benefit of the accused might well, instead, have impacted adversely on the manifestly stronger defence of automatism upon which the accused had chosen to rely.

12 The appeal is unusual in a third and critical regard.

13 In many jurisdictions, as Cory J. observed in *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at p. 645, the state has no right of appeal against the acquittal of an accused at trial. That is not so in Canada. Section 676(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that the Attorney General may appeal to the Court of Appeal "against a judgment or verdict of acquittal . . . on any ground of appeal that involves a question of law alone".

14 It has been long established, however, that an appeal by the Attorney General cannot succeed on an abstract or purely hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error of law. Something more must be shown. It is the duty of the Crown in order to obtain a new trial to satisfy the appellate court that the error (or errors) of the trial judge might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal. The Attorney General is not required, however, to persuade us that the verdict would necessarily have been different.

15 This burden on the Crown, unchanged for more than half a century (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658), was explained this way by Sopinka J., for the majority, in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345:

> I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been

de conclure raisonnablement en faveur de l'accusée, le juge du procès s'est senti tenu d'introduire même un moyen de défense faible, incompatible au plan conceptuel avec la thèse de l'avocat de la défense. En définitive, la décision de soumettre à l'appréciation du jury la légitime défense pour le bénéfice de l'accusée aurait bien pu avoir, plutôt, une incidence défavorable sur le moyen de défense manifestement plus solide de l'automatisme que l'accusée avait choisi d'invoquer.

Le pourvoi est inhabituel à un troisième et crucial égard.

Dans bon nombre de ressorts, comme le juge Cory l'a fait remarquer dans *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 645, l'État ne peut interjeter appel du verdict d'acquittement d'un accusé au procès. Au Canada, ce n'est pas le cas. L'alinéa 676(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoit que le procureur général peut introduire un recours devant la Cour d'appel « contre un jugement ou verdict d'acquittement [. . .] pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement ».

Il est cependant établi depuis longtemps qu'un appel interjeté par le procureur général ne saurait être accueilli sur une possibilité abstraite ou purement hypothétique selon laquelle l'accusé aurait été déclaré coupable n'eût été l'erreur de droit. Il faut des moyens plus concrets. Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit convaincre la cour d'appel qu'il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l'affaire, que l'erreur (ou les erreurs) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d'acquittement. Le procureur général n'est toutefois pas tenu de nous persuader que le verdict aurait nécessairement été différent.

Ce fardeau qui incombe au ministère public et qui demeure inchangé depuis plus d'un demi-siècle (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658) a été expliqué comme suit par le juge Sopinka au nom de la majorité dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 :

> Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà

acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [p. 374]

Speaking more recently for a unanimous court in *R. v. Sutton*, [2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50, the Chief Justice stated:

The parties agree that acquittals are not lightly overturned. The test as set out in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, requires the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same had the errors not occurred. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, this Court emphasized that "the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty" (p. 374). [para. 2]

Generally, the errors alleged by the Crown in appealing against an acquittal go to the defence or defences upon which the accused relied at trial. For that reason, the impact of the errors on the verdict, if error is shown, will not be a mere matter of speculation. Hence, the third unusual feature of this case: as mentioned earlier, there is no suggestion here that the errors imputed to the trial judge had any bearing, direct or indirect, on the legality of an acquittal based on the defence advanced by the accused — non-mental disorder automatism.

The Crown argues, rather, that the jury might instead have acquitted the appellant on the ground of self-defence. The error alleged in this regard relates, as we have seen, to an alternative defence put to the jury by the trial judge on his own motion. As a matter of principle, this alone does not bar a Crown appeal. On the Crown's view of the present matter, however, there is no reasonable basis in the evidence for that defence. In effect, we are thus urged by the Crown to find that the jury acquitted on what the Crown characterizes as an unreasonable basis rather than on the reasonable basis that is recognized by the Crown to exist.

été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [p. 374]

S'exprimant plus récemment dans un jugement unanime, la Juge en chef a dit ce qui suit dans *R. c. Sutton*, [2000] 2 R.C.S. 595, 2000 CSC 50 : 16

Les parties s'entendent pour dire que les verdicts d'acquittement ne sont pas annulés à la légère. Selon le critère énoncé dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, le ministère public doit convaincre la cour que le verdict n'aurait pas été nécessairement le même s'il n'y avait pas eu d'erreurs. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, notre Cour souligne le fait que « cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude » (p. 374). [par. 2]

Les erreurs alléguées par le ministère public lorsqu'il interjette appel d'un verdict d'acquittement concernent habituellement le ou les moyens de défense invoqués par l'accusé au procès. Pour cette raison, l'incidence de ces erreurs sur le verdict, si une erreur est démontrée, ne se limitera pas à de simples conjectures. D'où le troisième aspect inhabituel du présent pourvoi : comme je l'ai déjà mentionné, personne n'allègue en l'espèce que les erreurs imputées au juge du procès ont eu une incidence, directe ou indirecte, sur la légalité d'un acquittement reposant sur le moyen de défense avancé par l'accusée — l'automatisme sans troubles mentaux. 17

Le ministère public soutient plutôt que le jury aurait pu par contre fonder l'acquittement sur la légitime défense. L'erreur alléguée à cet égard, nous l'avons vu, a trait à un autre moyen de défense soumis à l'appréciation du jury par le juge du procès de sa propre initiative. En principe, cela seul n'empêche pas un appel du ministère public. De la façon dont le ministère public envisage la présente affaire cependant, la preuve n'offre aucun fondement raisonnable à l'égard de ce moyen de défense. De fait, le ministère public cherche à obtenir une conclusion que le jury a rendu un verdict d'acquittement sur un fondement que le ministère public qualifie lui-même de déraisonnable plutôt que sur le fondement raisonnable dont il reconnaît l'existence. 18

19 After a careful review of the record and consideration of counsels' full and able submissions, we have concluded that the Crown has failed to discharge its "very heavy" burden in this regard.

20 The appeal is therefore allowed and the verdict of the jury is restored.

English version of the reasons delivered by

21 LEBEL J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Fish J. With respect, I disagree with his analysis and the conclusion he proposes. In my opinion, the Quebec Court of Appeal adopted the appropriate solution in this difficult and distressing case by setting aside the appellant's acquittal and ordering a new trial ([2005] R.J.Q. 1662, 2005 QCCA 574). Despite the problems this solution causes for the parties and witnesses, and notwithstanding the deference that appellate courts must show in reviewing acquittals, there are cases in which appellate courts must intervene. This is one such case.

22 The trial now being considered by this Court was, as a whole, seriously tainted because of the way the defences were presented and because of errors made in the instructions given regarding one of them, namely self-defence. In the circumstances, the Crown had sufficient grounds to contest the verdict and seek a new trial. As the Court of Appeal concluded, the Crown has discharged its burden, pursuant to this Court's case law, for having an acquittal by a jury set aside.

23 In the case at bar, two different, incompatible defences were put to the jury: automatism, and self-defence under s. 34(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The first was raised by the lawyer who was representing the respondent at the time of the trial and the second by the judge on his own initiative.

Après avoir revu en profondeur le dossier et pris en compte les arguments exhaustifs et éloquents des avocats, nous arrivons à la conclusion que le ministère public ne s'est pas acquitté de sa « très lourde » charge à cet égard.

Le pourvoi est donc accueilli et le verdict du jury est rétabli.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) — J'ai pris connaissance de l'opinion de mon collègue le juge Fish. Avec égards, je suis en désaccord avec son analyse et avec la conclusion qu'il propose. À mon avis, en effet, dans cette affaire difficile et douloureuse, la Cour d'appel du Québec a adopté la solution appropriée en annulant l'acquittement de l'appelante et en ordonnant un nouveau procès ([2005] R.J.Q. 1662, 2005 QCCA 574). En dépit des inconvénients qu'elle impose aux parties ainsi qu'aux témoins et de l'attitude de réserve que doivent adopter les tribunaux d'appel dans l'examen des verdicts d'acquittement, il est des cas où l'intervention des cours d'appel s'impose. La présente affaire en est un.

Dans son ensemble, le procès qu'examine maintenant notre Cour a été gravement vicié en raison de la façon dont les moyens de défense ont été présentés et des erreurs contenues dans les directives données au sujet de l'un d'entre eux, le plaidoyer de légitime défense. Dans ce contexte, le ministère public avait des raisons suffisantes pour attaquer la validité du verdict et réclamer un nouveau procès. Comme l'a conclu la Cour d'appel, il a satisfait au fardeau que lui impose la jurisprudence de notre Cour pour obtenir l'annulation d'un acquittement prononcé par un jury d'assises.

En l'espèce, nous nous trouvons devant un cas où deux défenses différentes et peu compatibles ont été placées devant le jury, l'une d'automatisme, l'autre de légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La première a été proposée par l'avocat qui représentait alors l'intimée au procès, la seconde par le juge, de sa propre initiative.

To associate fundamentally inconsistent defences like automatism and self-defence with each other entails serious risks for the proper conduct of the trial, the assessment of the facts and the determination of the parties' legal situation by the jury. These problems remain even if circumstances arise in which facts that are part of a single body of evidence can be used alternately to support either of these two defences and in which caution and a concern for justice would require that the judge leave it to the jury to assess them. Nor do I underestimate the difficulties the judge faces as a result of the conflict between the rules that govern a trial conducted by the parties in an adversarial system and the principles developed by the courts that require the judge to submit to the jury all defences to which the evidence lends an "air of reality". These constraints increase the risk of error, and the consequences of the unfortunate materialization of that risk in the case at bar must now be assessed.

L'association de défenses fondamentalement contradictoires comme l'automatisme et le plaidoyer de légitime défense comporte de forts risques pour la bonne conduite du procès, l'appréciation des faits et l'évaluation de la situation juridique des parties par le jury. Ces difficultés demeurent même s'il peut survenir des circonstances où des éléments de fait découlant d'une même preuve pourraient servir à justifier à tour de rôle l'une et l'autre de ces deux défenses et où la prudence et le souci de justice commanderaient au juge d'en laisser l'appréciation au jury. Je ne sous-estime pas non plus les difficultés que causent au juge les tensions entre les règles d'un procès conduit par les parties dans un système contradictoire et les principes jurisprudentiels qui l'obligent à soumettre au jury tous les moyens de défense auxquels la preuve confère une « apparence de réalité ». Ces contraintes accentuent des risques d'erreur qui se sont malheureusement réalisés dans le dossier sous étude et dont il faut maintenant évaluer les conséquences. 24

In the instant case, counsel for the accused presented a defence of automatism, with all its strengths and weaknesses, to the court of assize. At the beginning of the trial, counsel had indicated that he also intended to argue self-defence, but he said no more about this. The trial judge nevertheless put that defence to the jury on his own initiative. He decided to do so even though, as Nuss J.A. found, the available evidence did not lend even an "air of reality" to some of the principal elements of that very particular defence. Moreover, the judge undeniably misdirected the jurors regarding the defence. All he did, in essence, was tell them that they had to acquit the accused if they believed her. He said nothing about the subjective and objective aspects of the defence. Self-defence was thus submitted to the jurors, without the necessary factual basis and after inadequate instructions had been given, together with the defence of automatism.

Dans la présente cause, l'avocat de la prévenue a présenté une défense d'automatisme avec ses forces et ses faiblesses devant la cour d'assises. L'avocat avait aussi annoncé à l'ouverture du procès un moyen de légitime défense, qu'il n'a pas repris. Néanmoins, de lui-même, le premier juge a renvoyé ce moyen devant les jurés. Cette décision a été prise alors que, comme l'a conclu le juge Nuss, la preuve disponible ne conférait même pas d'« apparence de réalité » à certains des éléments principaux de cette défense particulière. Par surcroît, il est incontestable que le juge a donné des directives erronées aux jurés sur ce moyen de défense. Il s'est borné, en substance, à expliquer au jury qu'il devait acquitter la prévenue s'il la croyait. Il n'a fait aucun commentaire sur les aspects subjectifs et objectifs de cette défense. Ce moyen de défense a alors été soumis aux jurés, en l'absence de la base factuelle nécessaire et à la suite de directives insuffisantes, en même temps que la défense d'automatisme. 25

This Court, like the Quebec Court of Appeal, is necessarily unaware of the basis on which the jury acquitted the appellant. While a judge sitting alone must give reasons to ensure that the bases of his or her decisions are transparent, the desire to

Cela fait, comme la Cour d'appel du Québec, notre Cour ignore nécessairement sur quelle base les jurés ont acquitté l'appelante. Si l'exigence de motivation recherche la transparence des fondements de la décision du juge siégeant seul, la volonté 26

protect jurors' independence and freedom of decision requires that jury deliberations be secret and precludes juries from giving reasons for their verdicts. In these circumstances, appellate courts are not permitted to probe into the hearts and minds of jurors, nor are they in a position to do so. The verdict simply states a conclusion. The jurors accepted one defence or the other. Unless, on occasion, a question that happens to be put to the judge provides insight into a jury's concerns or the direction it may be taking, appellate courts do not know which defence was accepted or what weight the jurors may have assigned to one defence rather than another.

de protéger l'indépendance et la liberté de décision des jurés rend leurs délibérations secrètes et leur interdit de motiver leur verdict. Dans ces conditions, les tribunaux d'appel ne sont ni autorisés à sonder les reins et les cœurs des jurés ni en mesure de le faire. Le verdict n'énonce qu'une conclusion. Les jurés ont retenu une défense ou l'autre. Sauf, parfois, le hasard d'une question au juge qui laisse percevoir les soucis ou les orientations d'un jury, les tribunaux d'appel ignorent quelle défense a été retenue ou quelle importance les jurés ont attribuée à un moyen par rapport à un autre.

27 However, notwithstanding the traditional respect for acquittals in the Canadian criminal justice system, the *Criminal Code*, by the clearly expressed intention of Parliament, gives the Crown limited rights of appeal. Thus, rights of appeal do exist and acquittals are not necessarily sacrosanct. An appellate court must therefore try to make a reasonable assessment of the impact of the errors on which the prosecution bases its appeal.

Toutefois, en dépit du respect traditionnellement attaché aux verdicts d'acquittement par le système canadien de droit pénal, le *Code criminel*, par la volonté clairement exprimée du Parlement, autorise le ministère public à exercer des droits d'appel limités. Il demeure ainsi que des droits d'appel existent et que les acquittements ne sont pas nécessairement intangibles. Les tribunaux d'appel doivent alors tenter d'évaluer raisonnablement l'impact des erreurs invoquées par la poursuite.

28 To that end, the courts have made an effort to define the scope and limits of an appellate court's powers of intervention. While not intending to sterilize this form of appeal, they have nonetheless imposed what is generally characterized as a heavy burden on the prosecution. In a very good summary of the approach taken in this Court's decisions on this subject, McLachlin J. (as she then was) described that burden as follows:

La jurisprudence a, pour ces fins, cherché à définir le cadre et les limites des pouvoirs d'intervention des cours d'appel. Sans vouloir stériliser cette forme d'appel, elle a néanmoins imposé au poursuivant un fardeau généralement qualifié de lourd. Dans des commentaires qui résument fort bien l'orientation de la jurisprudence de notre Cour en la matière, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) décrivait ce fardeau dans les termes suivants :

> It remains to consider whether a new trial should be ordered notwithstanding the acquittal at trial. The test for setting aside an acquittal and directing a new trial was set out by Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374:
>
> > An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it.

> Il reste à déterminer s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré l'acquittement prononcé en première instance. Le juge Sopinka a formulé le critère qu'il faut appliquer pour annuler un acquittement et ordonner la tenue d'un nouveau procès dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374 :
>
> > Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influer sur le résultat.

In this case, we have no way of knowing whether the jury acquitted because it had a reasonable doubt about whether Valerie consented, or whether it acquitted on the basis of a defence which should not have been left with it. The cumulative effect of the numerous errors in this case is such that the *Morin* test is made out. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict. I would allow the appeal, set aside the acquittal and direct a new trial.

R. v. Livermore, [1995] 4 S.C.R. 123, at paras. 23-24)

In this kind of analysis, absent actual knowledge of what transpired during the jury's deliberations, any conclusion will for the most part be speculative or hypothetical. What must be done is to weigh the seriousness of the errors and make a careful judgment as to their effect on the jury's deliberations in order to determine whether it is possible that the verdict would not have been the same. It cannot be proved that it would necessarily have been different, nor is that the onus that is imposed on the Crown by a consistent line of cases (see *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Livermore*).

In the case at bar, the two defences were connected and associated with the same facts, and the judge, who is master of the law in relation to the jury, put them both to the jury after an erroneous charge and without a sufficient factual basis for one of them. I do not believe that an appellate court would then have overstepped its powers or erred in its application of the decisions of this Court by concluding that it had to intervene because of the apprehended impact of that error on the assessment of evidence that was common to both defences and on the resulting verdict.

Short of eliminating the Crown's right of appeal in cases of this nature, there are functions that appellate courts cannot abdicate despite the problems resulting from the manner in which juries make decisions. It must also be recognized that the appeal function is an important component

En l'espèce, nous n'avons aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquittement parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de Valerie ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise. L'effet cumulatif des nombreuses erreurs commises en l'espèce est tel qu'il a été satisfait au critère formulé dans *Morin*. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquittement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

(*R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123, par. 23-24)

29 Dans ce type d'analyse, faute de pouvoir connaître réellement la teneur des délibérations des jurés, tout demeure en grande partie spéculation ou hypothèse. Il s'agit de peser la gravité des erreurs et de porter un jugement prudent quant à leur effet sur les délibérations du jury pour déterminer si le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. On ne peut établir qu'il aurait nécessairement été différent. Ce n'est d'ailleurs pas le fardeau qu'une jurisprudence constante impose à la Couronne (voir *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Livermore*).

30 Dans la situation examinée ici, les deux défenses ont été liées et rattachées aux mêmes faits, puis renvoyées ensemble aux jurés par le juge, maître du droit à l'égard du jury, après des directives erronées et en l'absence d'un fondement factuel adéquat quant à l'une d'elles. Je ne crois pas qu'une cour d'appel aurait alors excédé ses pouvoirs et commis une erreur d'application de la jurisprudence de notre Cour en concluant à la nécessité d'une intervention en raison de l'impact appréhendé de cette erreur sur l'étude d'une preuve commune aux deux défenses et sur le verdict qui en a résulté.

31 À moins de supprimer le droit d'appel du ministère public en tel cas, il est des fonctions que des cours d'appel ne peuvent abdiquer en dépit des problèmes que pose le mode de décision du jury. Il faut retenir aussi que la fonction d'appel est un élément important d'un système juridique destiné

of a legal system whose purpose is to ensure that the rules of criminal procedure and evidence are properly applied. The accused has a right to a fair trial in accordance with the substantive and procedural rules of criminal law and the principles of the Constitution. The Crown, which represents the state and the public interest in the proper administration of the criminal law, has the same right. It is that right that is protected by the existence of an appeal function, which must be performed with care, but firmly, when the need arises. That was the case here, and that was the duty performed by the Court of Appeal when it rendered the judgment *a quo*. I would therefore have dismissed the appeal.

Appeal allowed, LeBel J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Soulière Lapointe Doray Michaud Lamoureux, Montréal.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Quebec, Gatineau, Quebec.

à assurer l'application régulière et juste des règles de procédure et de preuve criminelle. L'accusé a droit à un procès juste selon les règles de fond et de forme du droit pénal et les principes constitutionnels. Le ministère public, représentant l'État et l'intérêt public à l'application correcte du droit pénal, y a aussi droit. C'est ce droit que sanctionne l'existence d'une fonction d'appel qui doit être exercée prudemment mais fermement lorsque la nécessité s'impose. Tel était le cas ici, telle était la tâche que la Cour d'appel a accomplie en prononçant le jugement entrepris. J'aurais donc rejeté le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge LeBel *est dissident.*

Procureurs de l'appelante : Soulière Lapointe Doray Michaud Lamoureux, Montréal.

Procureur de l'intimée : Sous-procureur général du Québec, Gatineau, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Luc Gagnon *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GAGNON

Neutral citation: 2006 SCC 17.

File No.: 31148.

2006: March 16; 2006: May 4.

Present: Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused's conviction for sexual assault due to insufficient reasons — Whether trial judge's reasons sufficiently amenable to appellate review.

A young complainant made three declarations which resulted in charges of sexual assault against the accused. At trial, the accused denied all the allegations. Credibility was at the heart of the case and the trial judge did not find the accused's testimony credible. The accused was convicted, but the majority of the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's reasons were insufficient as regards her decision to reject the accused's testimony.

Held (Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the verdict restored.

Per Bastarache, LeBel and Abella JJ.: When viewed as a whole, the trial judge's reasons were sufficiently amenable to appellate review. The reasons adequately demonstrated the rationale behind the trial judge's findings on credibility and reasonable doubt. Her explanations for doubting the accused's credibility amply justified her finding on this point and her disposition of the case. The Court of Appeal acknowledged that this was not an unreasonable verdict. The test on "sufficiency of reasons" is not an invitation to an appellate court to substitute its perceptions of the trial judge's findings on credibility when there is a reasonable basis for those findings. That is what the majority of the Court of Appeal did in this case when it found the trial judge's reasons to be insufficient despite having admitted that

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Luc Gagnon *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GAGNON

Référence neutre : 2006 CSC 17.

N° du greffe : 31148.

2006 : 16 mars; 2006 : 4 mai.

Présents : Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish et Abella.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Déclaration de culpabilité d'agression sexuelle annulée en Cour d'appel pour insuffisance des motifs — Les motifs de la juge du procès se prêtaient-ils suffisamment à l'examen en appel?

Une jeune plaignante a fait trois déclarations qui ont mené à des accusations d'agression sexuelle. Au procès, l'accusé a nié les allégations. La crédibilité était au cœur de l'affaire. La juge du procès n'a pas tenu pour crédible le témoignage de l'accusé et elle l'a reconnu coupable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès, estimant que la juge du procès n'avait pas suffisamment motivé sa décision d'écarter le témoignage de l'accusé.

Arrêt (les juges Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le verdict est rétabli.

Les juges Bastarache, LeBel et Abella : Considérés dans leur ensemble, les motifs de la juge du procès se prêtaient suffisamment à l'examen en appel. Ils montraient bien le raisonnement qui sous-tendait ses conclusions sur la crédibilité et le doute raisonnable. Les explications données pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé justifiaient amplement sa conclusion à cet égard et le verdict. La Cour d'appel a reconnu que le verdict n'était pas déraisonnable. Le critère des « motifs suffisants » ne justifie pas le tribunal d'appel de substituer sa propre perception aux conclusions du juge du procès concernant la crédibilité lorsque ces conclusions ont un fondement raisonnable. C'est ce qu'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel en concluant à l'insuffisance des motifs de la juge du procès, même

the trial judge's findings on credibility were reasonable and that the verdict was not unreasonable. [22-23]

Per Deschamps and Fish JJ. (dissenting): The trial judge's reasons do not support her decision regarding the credibility of the accused, which is supported neither by the evidence nor even by her own analysis of the evidence. The verdict was unreasonable because, as demonstrated by the Court of Appeal, the reasons the trial judge gave for rejecting the testimony of the accused conflict with the bulk of judicial experience in the assessment of credibility. The basis for concluding that the verdict was unreasonable can also lead to the conclusion that there has been an error of law in the case at bar. The reasons did not support the assessment of credibility and were, for the purposes of judicial reasoning, non-existent. This point is related to the inadequacy of the trial judge's reasons, which also constitutes an error of law. The reasons are inadequate in that they do not make it possible to understand by what judicial reasoning the trial judge arrived at her conclusion. In short, there are two possibilities: either her conclusions were based on no judicial reasoning or they were based on other reasons not set out in the judgment and therefore unavailable for review. In either case, the Court of Appeal had to intervene. Regardless of whether the trial judge's decision is characterized as being unreasonable, the judgment is found to be wrong in law or, as the majority of the Court of Appeal concluded, the reasons are considered inadequate, the guilty verdict should be set aside and a new trial ordered. [35] [41] [52-58] [60-63]

Cases Cited

By Bastarache and Abella JJ.

Referred to: *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *Lavoie v. R.*, [2003] Q.J. No. 1474 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291.

By Deschamps and Fish JJ. (dissenting)

R. v. Sheppard, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Burke*, [1996] 1

s'ils avaient concédé que ses conclusions sur la crédibilité étaient raisonnables et que le verdict n'était pas déraisonnable. [22-23]

Les juges Deschamps et Fish (dissidents) : Les motifs de la juge du procès ne justifient pas sa décision concernant la crédibilité de l'accusé. Cette décision ne s'appuie ni sur la preuve ni même sur sa propre analyse de la preuve. Le verdict est déraisonnable puisque, comme l'a démontré la Cour d'appel, les motifs invoqués par la juge du procès pour rejeter le témoignage de l'accusé vont à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire en matière d'appréciation de la crédibilité. Les raisons qui permettent d'affirmer qu'il s'agit d'un verdict déraisonnable permettent également de conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une erreur de droit. Les motifs ne soutiennent pas l'analyse de la crédibilité et sont, pour les besoins du raisonnement judiciaire, inexistants. Ce point rejoint celui de l'insuffisance des motifs exposés par la juge du procès qui constitue aussi une erreur de droit. Les motifs sont insuffisants dans la mesure où ils ne permettent pas de comprendre par quel raisonnement judiciaire la juge du procès est arrivée à sa conclusion. En somme, de deux choses l'une, ou bien ses conclusions ne reposent sur aucun raisonnement judiciaire, ou bien elles s'appuient sur d'autres motifs qui ne figurent pas dans le jugement et qui ne sont donc pas disponibles pour examen. Dans un cas comme dans l'autre, l'intervention de la Cour d'appel s'imposait. Que l'on qualifie la décision de la juge du procès de déraisonnable, que l'on dise qu'il s'agit d'une erreur de droit ou, comme la majorité de la Cour d'appel, qu'on y voie une motivation insuffisante, il y a lieu d'écarter la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [35] [41] [52-58] [60-63]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *Lavoie c. R.*, [2003] J.Q. nº 1474 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291.

Citée par les juges Deschamps et Fish (dissidents)

R. c. Sheppard, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Burke*, [1996] 1

S.C.R. 474; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *R. v. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30; *R. v. Buckingham* (2004), 187 O.A.C. 140; *R. v. J.B.* (2004), 200 B.C.A.C. 115, 2004 BCCA 342; *R. v. James* (2005), 193 C.C.C. (3d) 340, 2005 NSCA 22; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. M. (Y.)* (2004), 71 O.R. (3d) 388.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Doyon and Bich JJ.A.), [2005] Q.J. No. 12442 (QL), J.E. 2005-1673, 2005 QCCA 749, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Henri-Pierre La Brie, *Daniel Grégoire* and *Caroline Fontaine*, for the appellant.

Charles André Ashton and *Brigitte Martin*, for the respondent.

The judgment of Bastarache, LeBel and Abella JJ. was delivered by

BASTARACHE AND ABELLA JJ. —

1. Background

When she was between the ages of two and five, J.L.L. regularly attended a daycare centre owned and operated by Ms. L. The centre was located in Ms. L.'s home. Her husband, Luc Gagnon, helped occasionally with the children when Ms. L. was away or busy.

The child made three declarations which resulted in charges against Mr. Gagnon. The declarations were made to the child's grandmother, her mother and a police officer. The substance of these declarations was that Mr. Gagnon had made her [TRANSLATION] "taste where his pipi came from", that "it's white and doesn't taste good" and that she

R.C.S. 474; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *R. c. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30; *R. c. Buckingham* (2004), 187 O.A.C. 140; *R. c. J.B.* (2004), 200 B.C.A.C. 115, 2004 BCCA 342; *R. c. James* (2005), 193 C.C.C. (3d) 340, 2005 NSCA 22; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. M. (Y.)* (2004), 71 O.R. (3d) 388.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Doyon et Bich), [2005] J.Q. nº 12442 (QL), J.E. 2005-1673, 2005 QCCA 749, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Fish sont dissidents.

Henri-Pierre La Brie, *Daniel Grégoire* et *Caroline Fontaine*, pour l'appelante.

Charles André Ashton et *Brigitte Martin*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel et Abella rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET ABELLA —

1. Les faits

1 De deux à cinq ans, J.L.L. a fréquenté régulièrement la garderie exploitée par M^me^ L. dans sa propre demeure. À l'occasion, le conjoint de M^me^ L., Luc Gagnon, l'a aidée à s'occuper des enfants ou a pris la relève en son absence.

2 L'enfant a fait trois déclarations ayant mené à la mise en accusation de M. Gagnon. L'enfant s'est confiée à sa grand-mère, à sa mère et à un policier, leur disant essentiellement que M. Gagnon lui avait fait « goûter là où sort son pipi », que « c'est blanc et [. . .] ça goûte pas bon » et qu'il fallait qu'elle lui « fasse plaisir ». Tel était le fondement des

had to "give him pleasure". These formed the basis for charges of sexual assault and of having incited, encouraged or invited a child under 14 years of age to touch a person for a sexual purpose.

3 The versions of the events presented by the child, her mother, grandmother and the police officer, and that presented by the accused, were totally contradictory. The prosecution alleged that the child had been molested several times while the daycare owner was absent, that the child was intelligent, affectionate, not disposed to lying, and had no knowledge of sexual organs or sperm, or of the words to describe them.

4 The defence relied on the testimony of the accused, his wife and his wife's cousin. The accused denied all allegations. He said that he loved children, that the child was affectionate with him and that she could in fact describe sexual organs. Credibility was at the heart of the case.

5 Mr. Gagnon was convicted of sexual assault by the trial judge, Paré J.C.Q. (C.Q. Longueuil, No. 505-01-033285-012, February 21, 2002).

6 In the Court of Appeal, a majority allowed the appeal on the basis that the reasons of the trial judge were insufficient, an error of law permitting appellate interference with the verdict ([2005] Q.J. No. 12442 (QL), 2005 QCCA 749).

7 Chamberland J.A. dissented. He concluded, based on the *Khan* criteria of necessity and reliability, that the child's three declarations were admissible (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). The majority agreed with him on this issue, and we see no basis for disturbing this unanimous conclusion.

8 His dispute with the majority arose from his view that the trial judge's reasons for her findings of credibility were sufficient and reasonable, and that she had properly applied the test for assessing reasonable doubt.

accusations d'agression sexuelle et d'avoir invité, engagé ou incité un enfant de moins de 14 ans à toucher une personne à des fins d'ordre sexuel.

Les versions des faits de l'enfant, de sa mère, de sa grand-mère et du policier contredisaient totalement celle de l'accusé. La poursuite a allégué que l'enfant avait été agressée plusieurs fois en l'absence de la propriétaire de la garderie, qu'elle était intelligente et affectueuse, qu'elle n'était pas encline à mentir et qu'elle ignorait tout des organes sexuels ou du sperme, y compris de leurs appellations.

La défense a invoqué les témoignages de l'accusé, de sa conjointe et du cousin de celle-ci. L'accusé a nié toutes les allégations. Il a dit qu'il aimait les enfants, que la victime lui témoignait de l'affection et qu'elle pouvait décrire les organes sexuels. La crédibilité était au cœur de l'affaire.

La juge Paré, qui a présidé le procès devant la Cour du Québec, a déclaré M. Gagnon coupable d'agression sexuelle (C.Q. Longueuil, n° 505-01-033285-012, 21 février 2002).

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la décision pour cause d'insuffisance des motifs, une erreur de droit permettant la modification du verdict en appel ([2005] J.Q. n° 12442 (QL), 2005 QCCA 749).

Le juge Chamberland a inscrit sa dissidence. Se fondant sur les critères de la nécessité et de la fiabilité établis dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, il a conclu à la recevabilité des trois déclarations de l'enfant. La majorité ayant abondé dans ce sens, nous ne voyons rien qui puisse justifier de revenir sur cette conclusion unanime.

La dissidence du juge Chamberland tient à ce que, selon lui, la juge du procès avait des motifs suffisants et raisonnables de conclure à la crédibilité des déclarations et qu'elle a correctement appliqué le critère d'appréciation du doute raisonnable.

We are in agreement with the reasons of Chamberland J.A. and, based largely on his reasons, would allow the appeal and restore the conviction.

2. Analysis

There is general agreement on the test applicable to a review of a finding of credibility by a trial judge: the appeal court must defer to the conclusions of the trial judge unless a palpable or overriding error can be shown. It is not enough that there is a difference of opinion with the trial judge (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at paras. 32-33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 74). A succinct description of the overall approach appears in *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 4, where this Court stated that "it is only where the Court has considered all of the evidence before the trier of fact and determined that a conviction cannot be reasonably supported by that evidence that the court can . . . overturn the trial court's verdict". With respect to the credibility of witnesses, the same standard applies. In *Lavoie v. R.*, [2003] Q.J. No. 1474 (QL), at para. 37, Nuss J.A. of the Quebec Court of Appeal stated that a trial judge's assessment of the credibility of witnesses "will not be disturbed unless it can be demonstrated that he committed a palpable and overriding error" (citing *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33).

In this case, the majority in the Court of Appeal expressly declined to find the verdict unreasonable, thereby confirming that the verdict was available on the record. Instead, it based its analysis on a conclusion that the trial judge's reasons, like those in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, were [TRANSLATION] "insufficient" (para. 91) and that she had therefore committed an error in law. Yet it is clear from its reasons that what was troubling the majority was not the sufficiency of her reasons but the trial judge's findings of credibility. In particular, the majority disagreed with her conclusions about the credibility of the accused, and, contrary to her findings, appears to have concluded that the evidence of the accused ought to

Nous sommes d'accord avec lui et, essentiellement pour les mêmes motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité. 9

2. Analyse

En ce qui a trait au critère d'examen d'une conclusion sur la crédibilité tirée en première instance, il est généralement admis que la cour d'appel doit faire preuve de déférence, sauf erreur manifeste ou dominante. Elle ne peut intervenir simplement parce qu'elle diffère d'opinion (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32-33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 74). L'approche globale qui s'impose à cet égard a été décrite succinctement dans l'arrêt *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 4, où notre Cour a dit : « . . . ce n'est que si elle a tenu compte de toute la preuve soumise au juge des faits, et décidé qu'une déclaration de culpabilité ne peut pas s'appuyer raisonnablement sur cette preuve, que la cour peut [. . .] écarter le verdict du juge du procès ». La même règle vaut pour l'appréciation de la crédibilité des témoins. Dans *Lavoie c. R.*, [2003] J.Q. nº 1474, par. 37, le juge Nuss, de la Cour d'appel du Québec, a dit que les conclusions du juge du procès sur la crédibilité des témoins [TRADUCTION] « ne pourront être modifiées que s'il est établi qu'il a commis une erreur manifeste et dominante » (citant l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33). 10

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont expressément refusé de conclure au caractère déraisonnable du verdict, confirmant de ce fait que le dossier autorisait le verdict prononcé. Ils ont plutôt fondé leur analyse sur la conclusion que les raisons de la juge du procès étaient « insuffisantes » (par. 91) à l'instar de celles en cause dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, de sorte qu'une erreur de droit avait été commise. Il ressort pourtant de leurs motifs que ce n'est pas la suffisance des raisons de la juge du procès qui leur faisaient souci, mais bien ses conclusions relatives à la crédibilité. Les juges majoritaires se disent tout particulièrement en désaccord avec ses conclusions sur la crédibilité de l'accusé, 11

have raised a reasonable doubt. Ignoring both this Court's dictum in *Burke* and the unique position a trial judge enjoys in being able to see and hear the witnesses, the majority chose instead to substitute its own assessment of credibility for that of the trial judge by impugning her reasons, saying she did not sufficiently explain why the evidence did not raise a reasonable doubt. We disagree.

12 This appeal raises, yet again, the issue of what constitutes sufficient reasons from a trial judge. This Court's approach to that question has evolved. In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, this Court held that the failure by a trial judge to expressly indicate that he or she had taken all relevant considerations into account in arriving at a verdict was not a basis for allowing an appeal where the record revealed no error in the appreciation of the evidence or applicable law.

13 Eight years later, in *Sheppard*, a case in which the trial judge's reasons were virtually nonexistent, this Court explained that reasons are required from a trial judge to demonstrate the basis for an acquittal or conviction. Failure to do so is an error of law. Finding an error of law due to insufficient reasons requires two stages of analysis: (1) are the reasons inadequate; (2) if so, do they prevent appellate review? In other words, the Court concluded that even if the reasons are objectively inadequate, they sometimes do not prevent appellate review because the basis for the verdict is obvious on the face of the record. But if the reasons are both inadequate and inscrutable, a new trial is required.

14 In the companion case of *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, the Court applied *Sheppard* to a case in which some reasons were given but were alleged to be insufficient. The Court reiterated that the test was whether the reasons performed their purpose of allowing an appeal court to review the trial decision. The Court made clear that "[an appellate court's] lurking doubt about an

semblant estimer au contraire que le témoignage de ce dernier aurait dû soulever un doute raisonnable. Faisant fi de la remarque de notre Cour dans l'arrêt *Burke* et de l'avantage dont jouit le juge du procès du fait qu'il observe et entend les témoins, les juges majoritaires ont plutôt choisi de substituer leur propre appréciation de la crédibilité à celle de la juge du procès et d'écarter ses motifs, affirmant qu'elle n'avait pas bien expliqué en quoi la preuve ne soulevait pas un doute raisonnable. Nous ne sommes pas de leur avis.

Le présent pourvoi pose une fois de plus la question du caractère suffisant des motifs du juge du procès. Notre position a évolué à cet égard. Dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, nous avons statué que l'omission du juge du procès d'indiquer expressément qu'il avait tenu compte de tous les facteurs pertinents pour arriver au verdict ne justifiait pas en soi la réformation du jugement lorsqu'aucune erreur d'appréciation de la preuve ou du droit applicable ne ressortait du dossier.

Huit ans plus tard, dans l'affaire *Sheppard*, où les motifs étaient pour ainsi dire inexistants, notre Cour a expliqué que le juge du procès devait donner les motifs de l'acquittement ou de la déclaration de culpabilité. L'omission de le faire constitue une erreur de droit. Une analyse en deux étapes s'impose pour conclure à l'erreur de droit due à l'insuffisance des motifs : (1) les motifs sont-ils déficients? et, (2) dans l'affirmative, font-ils obstacle à l'examen en appel? Autrement dit, notre Cour a conclu que même si les motifs sont objectivement déficients, ils peuvent parfois ne pas faire obstacle à l'examen en appel parce que, au vu du dossier, le verdict est manifestement fondé. Cependant, lorsque les motifs sont à la fois déficients et insaisissables, un nouveau procès s'impose.

Dans l'affaire connexe *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, où des motifs avaient été donnés, et leur insuffisance alléguée, notre Cour a appliqué le principe de l'arrêt *Sheppard*. Elle a rappelé qu'il fallait déterminer si les motifs permettaient l'examen en appel de la décision de première instance. Elle a clairement opiné que le « doute persistant [d'un tribunal d'appel] au sujet d'un verdict

'unsafe' verdict is not sufficient to justify appellate intervention" (para. 39). With regard to credibility, the Court, citing *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, and *Burke*, stated, at para. 23, that the test of sufficiency remained the same: was there an impediment to appellate review?

In the appeal before us, the majority, erroneously in our view, treated this case as if the circumstances were similar to those in *Sheppard*, where there were no reasons. In *Sheppard*, the totality of the trial judge's reasons consisted of the following statement: "Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged" (para. 2).

With respect, the applicable comparison is to *Braich*, and the issue is whether the reasons are sufficiently amenable to appellate review. In our view, they are.

The trial judge's reasons began with a fairly detailed review of the evidence from the child's grandmother, her mother, the investigating police officer, an acquaintance of the accused, a cousin of the accused's wife, the accused's wife Ms. L., and Mr. Gagnon. She also reviewed the video of the child's conversation with the police. After setting out the relevant law, the trial judge explained her conclusions on credibility, setting out her reasons for finding the declarations of the child to be reliable, and for finding the evidence of the grandmother and mother to be credible, including:

- the child's statements were spontaneous and were not influenced by her mother or grandmother;

- the child's three statements were all consistent, and described with great precision and detail the nature of the acts, the author of those acts, and the circumstances in which they were alleged to have been committed;

"imprudent" ne suffit pas pour justifier [son] intervention » (par. 39). Au sujet de la crédibilité, s'appuyant sur les arrêts *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, et *Burke*, elle a dit au par. 23 que le critère du caractère suffisant demeurait le même : y avait-il obstacle à l'examen en appel?

15 Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont considéré — à tort selon nous — que les faits de la présente espèce s'apparentaient à ceux de l'affaire *Sheppard*, où aucun motif n'avait été donné, le juge du procès se contentant de dire (par. 2) : [TRADUCTION] « Après avoir examiné l'ensemble des témoignages en l'espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés. »

16 En toute déférence, c'est avec l'affaire *Braich* qu'il convient d'établir une comparaison, et la question est de savoir si les motifs se prêtent suffisamment à l'examen en appel. Nous sommes d'avis que c'est le cas.

17 Au début de ses motifs, la juge du procès revient passablement en détail sur les témoignages de la grand-mère et de la mère de l'enfant, du policier, d'une connaissance de l'accusé, d'un cousin de la conjointe de l'accusé, de la conjointe de l'accusé, M^me^ L., et de M. Gagnon. Elle se penche également sur l'enregistrement vidéo de la conversation de l'enfant avec le policier. Après avoir fait état du droit applicable, elle explique ses conclusions relatives à la crédibilité en donnant les raisons pour lesquelles elle tient pour fiables les déclarations de l'enfant et considère crédibles les témoignages de la grand-mère et de la mère, dont les suivantes :

- les déclarations de l'enfant étaient spontanées et nullement influencées par la mère ou la grand-mère;

- les trois déclarations de l'enfant étaient cohérentes et décrivaient avec beaucoup de précision la nature des actes, leur auteur et les circonstances dans lesquelles ils auraient été commis;

• Mr. Gagnon acknowledged that the child was not disposed to lie; and

• the sexual acts and the level of detail described are not of a type usually capable of being fabricated by a child of five.

18 She also set out her reasons for not finding the testimony of Mr. Gagnon credible, including:

• Mr. Gagnon's memory as to the number of times that he was left alone with the child was inconsistent over the course of his testimony;

• after a brief recess during his cross-examination, Mr. Gagnon spontaneously explained that his wife's cousin had been present on the one occasion when he changed and washed the child's sweater, a detail he had previously omitted in his testimony and which the trial judge considered to be a [TRANSLATION] "blatant attempt at justification" (C.Q., at paras. 172-73);

• Mr. Gagnon's testimony about whether or when he watches television with the children of the nursery was contradictory; and

• Mr. Gagnon insisted excessively that he did not change diapers or give the children baths, although such tasks are not sexual in nature, which the trial judge again characterized as an [TRANSLATION] "attempt at justification" (C.Q., at paras. 168 and 170-71).

Her reasons aptly demonstrate the rationale behind her conclusions on credibility and reasonable doubt.

19 This Court has consistently admonished trial judges to explain their reasons on credibility and reasonable doubt in a way that permits adequate review by an appellate court. Having encouraged these expanded reasons, it would be counterproductive to dissect them minutely in a way that undermines the trial judge's responsibility for weighing all of the evidence. A trial judge's language must be reviewed not only with care, but also in context. Most language is amenable to

• M. Gagnon a admis que l'enfant n'était pas portée à mentir;

• les actes sexuels ni leur description détaillée ne sont de ceux qu'un enfant de cinq ans est habituellement en mesure d'inventer.

La juge du procès a également donné les raisons pour lesquelles le témoignage de M. Gagnon n'était pas crédible, dont les suivantes :

• son témoignage était incohérent quant au nombre de fois dont il se souvenait avoir été laissé seul avec l'enfant;

• après une brève pause au cours de son contre-interrogatoire, il a spontanément expliqué que le cousin de sa conjointe avait été présent lorsqu'il avait changé et lavé le chandail de l'enfant, un détail qu'il avait omis dans son témoignage antérieur et qui, selon la juge, constituait une « justification flagrante » (C.Q., par. 172-173);

• son témoignage quant à savoir s'il regardait la télévision avec les enfants de la garderie et à quels moments était contradictoire;

• il a trop insisté sur le fait qu'il ne changeait pas les couches des enfants ni ne leur donnait le bain, alors que ces tâches n'avaient pas en soi un caractère sexuel, la juge y voyant encore une fois une « forme de justification » (C.Q., par. 168 et 170-171).

Ces éléments montrent bien le raisonnement qui sous-tendait ses conclusions sur la crédibilité et le doute raisonnable.

Notre Cour a sans cesse exhorté les juges de première instance à expliquer leurs conclusions sur la crédibilité et le doute raisonnable de manière à permettre un examen convenable par un tribunal d'appel. Après avoir encouragé la rédaction de motifs détaillés, il serait contraire au but recherché de scruter ceux-ci à la loupe en sapant le rôle du juge du procès dans l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Les propos du juge de première instance doivent être examinés non seulement

multiple interpretations and characterizations. But appellate review does not call for a word-by-word analysis; rather, it calls for an examination to determine whether the reasons, taken as a whole, reflect reversible error. The task is to assess the overall, common sense meaning, not to parse the individual linguistic components. In re-examining the evidence piece by piece, the Court of Appeal in this case confused the need for sufficiency of reasons with the examination of sufficiency of the evidence, the latter being central to the disposition of the case in *Burke*, *Burns* and *R. (D.)* on which it relied. In our view the reasons were sufficient. In any event, any consideration of the sufficiency of the evidence had to be founded on consideration of all of the evidence and especially the justifications for all findings of credibility, including those referable to the child and witnesses who testified in support of her, not just referable to the accused and those supporting him.

avec soin, mais aussi dans le contexte. Les termes employés se prêtent la plupart du temps à de multiples interprétations et qualifications. Cependant, l'examen en appel ne commande pas l'analyse de chaque mot, mais bien que l'on détermine si une erreur justifiant l'annulation se dégage des motifs dans leur ensemble. Il s'agit de déterminer le sens général et ordinaire de ceux-ci, et non de se livrer à l'analyse de leurs composantes linguistiques individuelles. En réexaminant chacun des éléments de preuve, la Cour d'appel a confondu la nécessité de motifs suffisants avec celle d'une preuve suffisante, ce dernier élément étant au cœur des arrêts *Burke*, *Burns* et *R. (D.)* qu'elle a invoqués à l'appui. À notre avis, les motifs étaient suffisants. De toute manière, pour déterminer si la preuve était suffisante, il fallait considérer toute la preuve et, plus particulièrement, les motifs justifiant toutes les conclusions relatives à la crédibilité, y compris celles visant l'enfant et les témoins entendus à l'appui de sa version des faits, et non seulement celles se rapportant à l'accusé et à ses témoins.

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

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

This does not mean that a court of appeal can abdicate its responsibility for reviewing the record to see whether the findings of fact are reasonably available. Moreover, where the charge is a serious one and where, as here, the evidence of a child contradicts the denial of an adult, an accused is entitled to know why the trial judge is left with no reasonable doubt.

21 Cela ne veut pas dire que la cour d'appel peut se soustraire à son obligation de revoir le dossier pour s'assurer que les conclusions de fait pouvaient raisonnablement être tirées. Qui plus est, lorsque l'accusation est grave et que, comme en l'espèce, le témoignage d'un enfant contredit celui d'un adulte, qui nie les faits, l'accusé est en droit de savoir pourquoi le juge du procès écarte le doute raisonnable.

In this case, looking at the trial judge's reasons as a whole, they were sufficient. While yielding a result with which the majority in the Court

22 Considérés dans leur ensemble, les motifs de la juge du procès étaient suffisants. Bien qu'ils aient mené à un résultat avec lequel les juges majoritaires

of Appeal disagreed, the reasons nonetheless adequately demonstrated the rationale behind the trial judge's conclusions on credibility and reasonable doubt. We agree with the analysis of Chamberland J.A. and his conclusion that the trial judge's explanations for doubting the accused's credibility were reasonable and amply justified her conclusion and disposition of the case. As noted by Chamberland J.A., the trial judge properly instructed herself with respect to issues of reasonable doubt and then proceeded to set out a number of instances and statements in the accused's testimony which led her to doubt his credibility, as described above. Most notable among these was the accused's continual insistence on justifying his actions to the point of rendering his version of the evidence improbable.

23 In *Braich*, at para. 38, Binnie J. wrote: "The insistence on a 'demonstration' of a competent weighing of the frailties elevates the alleged insufficiency of reasons to a stand-alone ground of appeal divorced from the functional test, a broad proposition rejected in *Sheppard*." The requirement for sufficient reasons is not an invitation to an appellate court to substitute its perceptions of what should have been the factual and credibility findings of the trial judge when a reasonable basis for the trial judge's conclusions exists. This, we believe, is what the majority in the Court of Appeal did in this case when it found the trial judge's reasons to be insufficient despite having admitted that the findings on credibility by the trial judge were reasonable and could have led to the conclusion she reached.

3. Conclusion

24 It was not open to the Court of Appeal to disagree with the trial judge's assessment of credibility unless her reasons demonstrated an overriding error in her appreciation of the law or the evidence. In the absence of any such error or insufficiency in the trial judge's reasons, we would allow the appeal and restore her verdict.

de la Cour d'appel n'étaient pas d'accord, les motifs montrent bien le raisonnement qui sous-tend les conclusions de la juge au sujet de la crédibilité et du doute raisonnable. Nous faisons nôtres l'analyse du juge Chamberland et sa conclusion que les explications données par la juge pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé étaient raisonnables et justifiaient amplement sa conclusion et son verdict. Le juge Chamberland signale que la juge du procès a adopté la bonne démarche quant à l'existence d'un doute raisonnable, puis qu'elle a relevé un certain nombre d'éléments du témoignage de l'accusé (mentionnés précédemment) l'ayant amenée à douter de sa crédibilité. Au nombre de ces éléments, le plus frappant est l'insistance avec laquelle l'accusé n'a cessé de justifier ses gestes, au point de rendre sa version des faits invraisemblable.

Dans l'arrêt *Braich*, le juge Binnie a dit au par. 38 : « L'importance accordée à la "démonstration" d'une appréciation compétente des faiblesses élève l'insuffisance alléguée des motifs au rang de moyen d'appel distinct indépendant du critère fonctionnel. Or, cette proposition de portée étendue a été rejetée dans *Sheppard*. » Lorsque les conclusions tirées en première instance avaient un fondement raisonnable, l'exigence de motifs suffisants ne justifie pas le tribunal d'appel de substituer sa propre perception aux conclusions du juge de première instance concernant les faits et la crédibilité. C'est à notre sens ce qu'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel en l'espèce en concluant à l'insuffisance des motifs de la juge du procès, et ce, même s'ils avaient concédé que les conclusions sur la crédibilité étaient raisonnables et pouvaient mener au verdict prononcé.

3. Conclusion

Il n'était pas loisible à la Cour d'appel de revenir sur l'appréciation de la crédibilité par la juge du procès, sauf s'il était ressorti de ses motifs qu'elle avait commis une erreur manifeste et dominante en appréciant le droit ou la preuve. À défaut d'une telle erreur ou de l'insuffisance des motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict.

We would also dismiss the unusual motion for costs on the basis that no exceptional reasons for awarding costs have been demonstrated.

Nous sommes également d'avis de rejeter la requête inhabituelle présentée pour l'adjudication de dépens, aucune raison exceptionnelle d'y faire droit n'ayant été établie. 25

English version of the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

DESCHAMPS AND FISH JJ. (dissenting) — With respect for the contrary opinion of Bastarache and Abella JJ., we would dismiss the appeal.

LES JUGES DESCHAMPS ET FISH (dissidents) — Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par les juges Bastarache et Abella, nous rejetterions le pourvoi. 26

I

I

As our colleagues point out, the trial judge was correct in stating that [TRANSLATION] "[t]he outcome of the case hinges on the analysis of credibility" (C.Q. Longueuil, No. 505-01-033285-012, February 21, 2002, at para. 156). However, in assessing the respondent's credibility, the trial judge did not rely on any indicators based on her observation of the respondent when he testified before her. On the contrary, she took care to mention that she was drawing no inferences from the fact that the respondent's [TRANSLATION] "expression during his testimony did not give the impression that he was being candid", because this may have been consistent with his normal demeanour (C.Q., at para. 175). On the whole, it can be seen from the judge's reasons that her assessment of credibility rested instead on four essentially substantive defects that in her view warranted rejecting the respondent's testimony. These four grounds can be summed up as follows: 27

Comme le soulignent nos collègues, la juge du procès a raison de dire que « [c]'est dans l'analyse de la crédibilité que réside la solution du litige » (C.Q. Longueuil, nº 505-01-033285-012, 21 février 2002, par. 156). Or, dans son évaluation de la crédibilité de l'intimé, la juge n'invoque aucun indice qui se rattache à l'observation qu'elle a pu faire de celui-ci lorsqu'il a témoigné devant elle. Au contraire, elle prend la peine de mentionner qu'elle ne tire aucune inférence du fait que le « regard [de l'intimé] n'est pas franc pendant son témoignage », parce que cela pouvait relever de son attitude normale (C.Q., par. 175). En somme, il ressort des motifs de la juge que son évaluation de la crédibilité repose plutôt sur quatre défauts essentiellement substantifs qui, selon elle, justifient le rejet du témoignage de l'intimé. Ces quatre motifs se résument ainsi :

i. According to the trial judge, the respondent's memory of the times he was allegedly alone with the complainant [TRANSLATION] "fell apart over the course of [his] testimony" (C.Q., at para. 167).

i. Selon la juge d'instance, le souvenir qu'a l'intimé des occasions où il aurait été seul avec la plaignante « s'effrite au cours [de son] témoignage » (C.Q., par. 167).

ii. The trial judge pointed out that the respondent presented himself as a person who loves children unconditionally and cares about their development. For this reason, she explained, the respondent stated that he never let them watch television and would take them outside to play. He subsequently contradicted himself

ii. La juge explique que l'intimé se présente comme une personne qui aime les enfants inconditionnellement et qui se soucie de leur développement. Pour cette raison, explique la juge, l'intimé affirme qu'il ne les laisse jamais regarder la télévision et il les amène jouer dehors. Par la suite, l'intimé se contredit en

in conceding that he let them watch television when they arrived in the morning or before leaving in the evening (C.Q., at paras. 168-69).

iii. The respondent said that he never attended to the children's hygiene by giving them baths or changing their diapers. However, according to the trial judge, these everyday tasks are not sexual in nature, and [TRANSLATION] "[t]he care so taken to place himself elsewhere while the children were naked is an attempt at justification that taints his credibility" (C.Q., at paras. 168 and 170-71).

iv. The respondent explained the circumstances in which he had once changed the complainant's sweater after she had soiled it while eating, adding, according to the trial judge, that his spouse's cousin was even there when it happened. The trial judge considered this to be [TRANSLATION] "a blatant attempt at justification" that undermined his credibility (C.Q., at paras. 172-73).

28 Doyon J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, [2005] Q.J. No. 12442 (QL), 2005 QCCA 749, considered the trial judge's reasons to be inadequate, relying in support of this conclusion on *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, and *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27. In short, the trial judge had trapped the respondent between a rock and a hard place by finding every explanation he gave to be evidence of his guilt. Yet had the respondent not explained or "justified" himself as he did, his fate would likely have been sealed even more rapidly.

29 The majority of the Court of Appeal explained the weaknesses of each of the trial judge's criticisms as follows.

30 First, in the paragraph in which the trial judge stated that the memory of the accused [TRANSLATION] "fell apart over the course of [his] testimony" (C.Q., at para. 167), she was actually discussing *only the testimony of the respondent's wife*. There is therefore no explanation for her finding, which does not have an otherwise clear basis in the record.

reconnaissant les avoir laissés regarder la télévision le matin en arrivant ou le soir avant de partir (C.Q., par. 168-169).

iii. L'intimé ne s'occupe jamais, dit-il, des soins de propreté des enfants soit en leur donnant leur bain soit en changeant leurs couches. Pourtant, selon la juge de première instance, ce sont des tâches courantes sans connotation sexuelle et « [c]ette prudence à se placer hors de portée de la nudité des enfants constitue une forme de justification qui contribue à entacher sa crédibilité » (C.Q., par. 168 et 170-171).

iv. L'intimé a expliqué le contexte dans lequel il a, à une occasion, changé la plaignante de chandail après qu'elle l'avait sali en mangeant, ajoutant, selon la juge d'instance, que cela s'est même déroulé en présence du cousin de sa conjointe. La juge de première instance estime que ceci est « une justification flagrante » qui mine sa crédibilité (C.Q., par. 172-173).

Le juge Doyon, qui s'exprime au nom de la majorité de la Cour d'appel, [2005] J.Q. nº 12442 (QL), 2005 QCCA 749, estime que ces motifs sont insuffisants, invoquant les arrêts *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, et *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27. Bref, la juge du procès coince l'intimé entre l'arbre et l'écorce en considérant que chaque explication qu'il donne démontre sa culpabilité. Par ailleurs, si l'intimé n'avait pas pris la peine de s'expliquer et de "se justifier" comme il l'a fait, son sort aurait probablement été plus sommairement scellé.

La majorité de la Cour d'appel explique ainsi les faiblesses de chacun des reproches de la juge de première instance.

Premièrement, dans le paragraphe où la juge affirme que le souvenir de l'accusé « s'effrite au cours [de son] témoignage » (C.Q., par. 167), elle ne discute en réalité *que du témoignage de la conjointe de l'intimé*. Il n'y a donc aucune explication de sa conclusion, laquelle ne ressort par ailleurs pas clairement du dossier.

The opposite is in fact true, as the accused was consistent in testifying that he had been alone with the complainant three times and with the children six to eight times. These facts are not contradictory. His subsequent admission that he had been with the complainant four times [TRANSLATION] "is quite insignificant considering that these encounters had taken place over a period of more than two years" (C.A., at paras. 104-7).

Au contraire, l'accusé est cohérent lorsqu'il témoigne qu'il a été seul avec la plaignante trois fois et seul avec les enfants six à huit fois. Ce ne sont pas des faits contradictoires. Qu'il avoue par la suite s'être trouvé avec la plaignante quatre fois « est bien minime dans le contexte de rencontres qui se sont étalées sur plus de deux ans » (C.A., par. 104-107). 31

Second, the accused did not contradict himself by first stating that he did not let the children watch television before specifying that he did let them watch it in the morning and in the evening. He explained that he never let them do so *during the day*, since it was a time for learning activities. When the children arrived early in the morning, before his wife was ready for them, and in the evening, when the day-care centre was closed, he let them watch television (C.A., at para. 112). (In fact, the record shows that the complainant usually arrived at 7:15 a.m., when Ms. L. was sometimes still in bed, and that the complainant occasionally stayed overnight at the day-care centre (A.R., at pp. 122-23).)

Deuxièmement, lorsqu'il affirme d'abord qu'il ne laisse pas les enfants regarder la télévision mais précise par la suite qu'il les laisse la regarder le matin et le soir, l'accusé ne se contredit pas. Il explique qu'il ne les laisse jamais le faire *pendant la journée*, car cette période est consacrée à leur apprentissage. Lorsque les enfants arrivent tôt le matin, avant que sa conjointe ne soit prête à les recevoir, ou tard le soir, lorsque la garderie est fermée, il les laisse regarder la télévision (C.A., par. 112). (En effet, le dossier révèle à ce sujet que la plaignante arrivait d'habitude à 7 h 15, heure à laquelle M^me^ L. était parfois encore au lit et il arrivait que la plaignante passe la nuit à la garderie (d.a., p. 122-123).) 32

Third, the accused explained that he did not change diapers or bathe the children, because it was not his responsibility (the record shows that the respondent had a full-time job outside the day-care centre during the period to which the charges relate, with the exception of a short period of unemployment in January and February 2000 (R.F., at p. 3, paras. 1.10-1.11)) and because he found changing diapers distasteful. Also, the spouse of his mother, who owned her own day-care centre, had been suspected of sexual abuse. Aware of the risk, the respondent did not want to expose himself to similar problems (C.A., at paras. 110-11).

Troisièmement, l'accusé explique qu'il ne change pas les couches et ne donne pas de bains, car ce n'est pas sa responsabilité (le dossier indique que l'intimé avait un emploi à temps plein en-dehors de la garderie pendant la période des accusations à l'exception d'une courte période de chômage entre janvier et février 2000 (m.i., p. 3, par. 1.10-1.11)), et qu'il lui répugne de changer les couches. De plus, le conjoint de sa mère, qui possédait elle-même une garderie, a été soupçonné d'abus sexuel. Conscient du risque, l'intimé ne voulait pas s'exposer à de semblables difficultés (C.A., par. 110-111). 33

Fourth, again according to the majority of the Court of Appeal, it can be seen from the evidence that his spouse's cousin came to the apartment regularly to do his laundry (C.A., at para. 113). The record shows that these visits were made without warning (A.R., at p. 203). Thus, there is nothing surprising in the statement of the accused that the cousin was present when he changed the

Quatrièmement, toujours selon la majorité de la Cour d'appel, il ressort de la preuve que le cousin de sa conjointe venait régulièrement dans l'appartement pour y faire son lavage (C.A., par. 113). Le dossier fait voir que ces visites se faisaient à l'improviste (d.a., p. 203). Par conséquent, l'affirmation de l'accusé que le cousin était présent lorsqu'il a changé le chandail de la plaignante n'a rien de 34

complainant's sweater, nor does it support the trial judge's assertion that the statement was a [TRANSLATION] "blatant attempt at justification" (C.A., at para. 115).

35 It is essentially for these reasons that the majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge had not given genuine reasons for her decision to reject the testimony of the accused. Like Doyon J.A., we are of the view that the trial judge's finding is supported neither by the evidence nor even by her own analysis of the evidence.

II

36 The duty of an appellate court is not limited to ensuring that "the verdict was available on the record" (reasons of the majority, at para. 11). Section 686(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that an appellate court is to intervene where a verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, where a judgment is wrong in law (unless the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) applies), or where there has been a miscarriage of justice:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

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

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

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

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

37 According to s. 686(2), the remedy in such cases is to quash the conviction and either direct a verdict of acquittal to be entered or order a new trial, as the case may be:

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(*a*), it shall quash the conviction and

surprenant et ne permet pas d'affirmer, comme le fait la juge de première instance, qu'il s'agit d'une « justification flagrante » (C.A., par. 115).

C'est essentiellement pour ces motifs que la majorité de la Cour d'appel a conclu que la juge du procès n'a pas véritablement motivé sa décision d'écarter le témoignage de l'accusé. À l'instar du juge Doyon, nous sommes d'avis que la conclusion de la première juge ne s'appuie ni sur la preuve ni même sur sa propre analyse de la preuve.

II

Le devoir d'une cour d'appel ne se limite pas à s'assurer que « le dossier autorisait le verdict prononcé » (motifs de la majorité, par. 11). Aux termes de l'al. 686(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, une cour d'appel intervient lorsqu'un verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, lorsqu'un jugement est erroné en droit (sauf si la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) s'applique) ou lorsqu'il y a eu une erreur judiciaire :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

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

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

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

Aux termes du par. 686(2), dans de tels cas, la réparation consiste à annuler la condamnation et, selon le cas, ordonner l'inscription d'un verdict d'acquittement ou la tenue d'un nouveau procès :

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)*a*), elle annule la condamnation et, selon le cas :

(*a*) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(*b*) order a new trial.

It goes without saying that the assessment of the facts is a matter for the trial judge. This rule is applied even more rigorously where credibility is in issue. Nevertheless, the general principles set out in s. 686 of the *Code* retain their full effect: *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 5; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 24.

Beyond the verdict itself, the reasons for the verdict are of the utmost importance to the accused and to the administration of justice. In *Sheppard*, Binnie J. noted the importance of reasons and described as follows the consequences that can ensue when reasons have certain defects:

> 5. Reasons perform an important function in the appellate process. Where the functional needs are not satisfied, the appellate court may conclude that it is a case of unreasonable verdict, an error of law, or a miscarriage of justice within the scope of s. 686(1)(*a*) of the *Criminal Code*, depending on the circumstances of the case and the nature and importance of the trial decision being rendered. [Emphasis added; para. 55.]

The scope of a trial court's duty to give reasons for its verdict will vary from case to case: *Sheppard*, at para. 55, *inter alia*. In the instant case, the prosecution's evidence was not overwhelming — quite the contrary — and the respondent's account was neither implausible nor manifestly unbelievable. As he was charged with a crime for which the punishment is severe and to which a grave stigma is attached, it should appear from the judge's reasons, in substance at least, why the accused has been convicted.

In the case at bar, the trial judge's reasons do not in any way support her decision to reject the testimony of the accused. Regardless of whether, as a result, her decision is characterized as being unreasonable, the judgment is found to be wrong in law or, as the majority of the Court of Appeal

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement;

b) ordonne un nouveau procès.

38 Il va sans dire que l'appréciation des faits relève du juge du procès. Cette règle s'applique avec encore plus de rigueur lorsqu'il s'agit d'une question de crédibilité. Mais les principes généraux de l'art. 686 du *Code* conservent quand même toute leur vigueur : *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, p. 131; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, par. 5; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 24.

39 Au-delà du verdict, les motifs qui l'appuient revêtent une importance primordiale pour l'accusé et pour l'administration de la justice. Dans l'arrêt *Sheppard*, le juge Binnie souligne l'importance des motifs et décrit ainsi les conséquences susceptibles de découler du fait que ceux-ci sont entachés de certains vices :

> 5. L'exposé des motifs joue un rôle important dans le processus d'appel. Lorsque les besoins fonctionnels ne sont pas comblés, la cour d'appel peut conclure qu'il s'agit d'un cas de verdict déraisonnable, d'une erreur de droit ou d'une erreur judiciaire qui relèvent de l'al. 686(1)*a*) du *Code criminel*, suivant les circonstances de l'affaire, et suivant la nature et l'importance de la décision rendue en première instance. [Nous soulignons; par. 55.]

40 L'étendue de l'obligation d'un tribunal de première instance de motiver son verdict varie selon le cas : *Sheppard*, par. 55, *inter alia*. En l'espèce, la preuve du ministère public n'était pas accablante — au contraire — et la version de l'intimé n'était ni invraisemblable, ni manifestement non crédible. Comme l'accusé était inculpé d'un crime punissable d'une peine sévère et porteur d'un grave stigmate, les motifs du juge devaient expliquer, à tout le moins en substance, pourquoi l'accusé était condamné.

41 En l'espèce, les motifs de la juge du procès ne justifient aucunement sa décision de rejeter le témoignage de l'accusé. Que l'on qualifie en conséquence sa décision de déraisonnable, que l'on dise qu'il s'agit d'une erreur de droit, ou, comme la majorité de la Cour d'appel, qu'on y voie une

concluded, the reasons are considered inadequate within the meaning of *Sheppard* and *Braich*, we must reach the same conclusion: the guilty verdict entered by the trial judge should be set aside and a new trial ordered, as the Court of Appeal held.

motivation insuffisante au sens des arrêts *Sheppard* et *Braich*, la même conclusion s'impose : il y a lieu d'écarter la déclaration de culpabilité inscrite par la juge et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, tel que l'a fait la Cour d'appel.

A. Unreasonable Verdict

A. Verdict déraisonnable

42 As our colleagues note, the majority of the Court of Appeal dismissed out of hand the possibility that the verdict in the instant case was unreasonable, since it could be supported by a certain interpretation of the evidence (at para. 91).

Comme le constatent nos collègues, la majorité de la Cour d'appel écarte d'emblée la possibilité qu'il s'agisse ici d'un verdict déraisonnable, car le verdict pouvait s'appuyer sur une certaine interprétation de la preuve (par. 91).

43 This assertion must, however, be placed in the context of the classic unreasonable verdict test, which was originally developed in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, and was subsequently refined in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, before being recently restated in *Biniaris*, at para. 36: "[T]he test is 'whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered'."

Cette affirmation doit cependant être replacée dans le contexte du critère classique du verdict déraisonnable, qui a d'abord été énoncé dans *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, puis précisé dans *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et, enfin, réitéré récemment dans *Biniaris*, par. 36 : « [L]e critère est celui de savoir "si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre". »

44 In *Corbett*, *Yebes* and *Biniaris*, the accused had been tried by jury. An appellate court may conclude that a *jury*'s verdict is unreasonable only by considering all the circumstances in light of the outcome. As the Court stated in *Biniaris*:

Dans les arrêts *Corbett*, *Yebes* et *Biniaris*, les accusés avaient été jugés par un jury. Une cour d'appel ne peut conclure au caractère déraisonnable du verdict d'un *jury* qu'en tenant compte de l'ensemble des circonstances au regard du résultat. Selon l'arrêt *Biniaris* :

> The exercise of appellate review is considerably more difficult when the court of appeal is required to determine the alleged unreasonableness of a verdict reached by a jury [than is the case with a verdict of a judge sitting alone]. If there are no errors in the charge, as must be assumed, there is no way of determining the basis upon which the jury reached its conclusion. . . .
>
> . . . It may be that the jury reached its verdict pursuant to an analytical flaw similar to the errors occasionally incurred in the analysis of trial judges and revealed in their reasons for judgment. Such error would of course not be apparent on the face of the verdict by a jury. But the unreasonableness itself of the verdict would be apparent to the legally trained reviewer when, in all the circumstances of a given case, judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury. [paras. 38-39]

> [Comparé au verdict d'un juge siégeant seul], [l]e contrôle en appel est beaucoup plus difficile lorsque la cour d'appel doit statuer sur l'allégation de caractère déraisonnable du verdict prononcé par un jury. Si l'exposé ne contient aucune erreur, comme il faut le présumer, il n'y a aucun moyen de déterminer ce qui a amené le jury à tirer sa conclusion. . .
>
> . . . Il se peut que le jury soit arrivé à son verdict en raison d'une faiblesse d'analyse semblable aux erreurs d'analyse que les juges du procès commettent parfois et qui ressortent de leurs motifs de jugement. Une telle erreur n'est évidemment pas apparente à la lecture même du verdict d'un jury. Mais le caractère déraisonnable lui-même du verdict est évident pour la personne dotée d'une formation juridique qui l'examine si, compte tenu de l'ensemble des circonstances d'une affaire donnée, l'appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury. [par. 38-39]

The unreasonable verdict test has evolved based on its context. The reasonableness of a conviction must be analysed in light of the evidence in the record, since this is the only way to reach a conclusion that a jury has not "act[ed] judicially" (*Biniaris*, at para. 36). However, the tendency has been to say that verdicts that "cannot be supported by the evidence" are also "unreasonable", seemingly merging the two elements of s. 686(1)(*a*)(i): "the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence" (emphasis added).

Juries do not give reasons for their verdicts, but judges do. A judge's verdict must be reviewed with this in mind.

It is possible for a judge's decision to be unreasonable even though it is supported by the evidence to a certain extent. This was the case, for example, in *Burke*, at para. 53:

> [T]his uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable. Pursuant to s. 686(1)(*a*)(i), I would quash the conviction. [Emphasis added.]

Contrary to how he dealt with the evidence supporting the other two complaints, Sopinka J. did not find that a properly instructed jury acting judicially could not reasonably convict the accused on the third count of indecent assault. However, he found the guilty verdict based on the testimony of the third complainant, K.L., to be unreasonable because of the judge's uncritical — that is, without adequate reasons — reliance on unorthodox evidence.

In *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, the Court considered that the verdict was not unreasonable simply because "the trial judge's reasons failed to indicate that he had considered certain frailties in the complainant's evidence" (p. 664).

McLachlin J. (as she then was) noted that the result would necessarily be different should "the

45 Le critère du verdict déraisonnable a évolué en fonction de son contexte. L'analyse du caractère raisonnable de la déclaration de culpabilité doit être faite sous l'éclairage de la preuve au dossier, car c'est la seule façon de conclure qu'un jury n'a pas « ag[i de] manière judiciaire » (*Biniaris*, par. 36). On a cependant pris l'habitude d'affirmer que le verdict qui « ne peut pas s'appuyer sur la preuve » est également « déraisonnable », fusionnant vraisemblablement les deux volets du sous-al. 686(1)*a*)(i) : « le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve » (nous soulignons).

46 Le jury ne motive pas son verdict; le juge, au contraire, s'explique. Le verdict d'un juge est scruté sous cet éclairage.

47 La décision d'un juge peut, dans certains cas, être déraisonnable tout en s'appuyant dans une certaine mesure sur la preuve. Ce fut le cas, par exemple, dans l'arrêt *Burke*, par. 53 :

> [L]e fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable. Conformément au sous-al. 686(1)*a*)(i), je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité. [Nous soulignons.]

Contrairement à son raisonnement au sujet de la preuve étayant les deux autres plaintes, le juge Sopinka n'affirme pas qu'un jury qui reçoit les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire ne saurait raisonnablement conclure à la culpabilité de l'accusé sur le troisième chef d'accusation d'attentat à la pudeur. Le verdict de culpabilité fondé sur le témoignage du troisième plaignant, K.L., est déraisonnable, parce que le juge s'en est remis aveuglément à une preuve hétérodoxe — soit sans motifs suffisants.

48 Dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, la Cour était d'avis que le verdict n'était pas déraisonnable du seul fait « qu'il ne ressortait pas des motifs du juge du procès que celui-ci avait tenu compte de certaines faiblesses du témoignage de la plaignante » (p. 664).

49 La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) souligne qu'un résultat différent s'impose lorsque

trial judge's reasons demonstrate that he or she has failed to grasp an important point or has chosen to disregard it, leading to the conclusion that the verdict was not one which the trier of fact could reasonably have reached" (p. 665 (emphasis added), commenting on *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2).

50 With respect, we accordingly find that the verdict in the instant case "conflict[s] with the bulk of judicial experience", in the sense of *Biniaris*:

> In that context, acting judicially means not only acting dispassionately, applying the law and adjudicating on the basis of the record and nothing else. It means, in addition, arriving at a conclusion that does not conflict with the bulk of judicial experience. [para. 40]

51 The purpose of the court's duty to scrutinize the reasons in this manner is to protect against unwarranted convictions:

> It requires not merely asking whether twelve properly instructed jurors, acting judicially, [or, as in the case at bar, whether a judge] could reasonably have come to the same result, but doing so through the lens of judicial experience which serves as an additional protection against an unwarranted conviction. [*Biniaris*, at para. 40]

52 In our view, the reasons the trial judge gave for rejecting the testimony of the accused also conflict with the bulk of judicial experience in the assessment of credibility, as the majority of the Court of Appeal has demonstrated.

53 It is clear from the case law that an appellate court may not intervene on the basis that a judge has failed to express him or herself clearly: *R. v. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30 (by way of comparison, see, as to the result, *R. v. Buckingham* (2004), 187 O.A.C. 140, *R. v. J.B.* (2004), 200 B.C.A.C. 115, 2004 BCCA 342, and *R. v. James* (2005), 193 C.C.C. (3d) 340, 2005 NSCA 22). However, we feel that the reasons are the guarantors of the verdict, as to speak, and that in certain cases, such as the one at bar, the two are necessarily inseparable. In such cases, defects in the

« les motifs du juge du procès démontrent qu'il n'a pas saisi un point important ou qu'il a choisi de ne pas en tenir compte, ce qui amènerait à conclure que le juge des faits n'a pas rendu un verdict raisonnable » (p. 665 (nous soulignons), parlant de l'arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2).

En conséquence, nous estimons, avec égards pour l'opinion contraire, que le verdict rendu en l'espèce va « à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire », suivant les termes de l'arrêt *Biniaris* :

> Dans ce contexte, agir de manière judiciaire signifie non seulement agir impartialement, appliquer la loi et juger uniquement en fonction du dossier, mais encore tirer une conclusion qui ne va pas à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire. [par. 40]

L'obligation faite à la cour de scruter ainsi les motifs vise à prévenir les déclarations de culpabilité injustifiées :

> Il ne suffit pas de se demander si douze jurés ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire auraient pu [ou, comme en l'espèce, si un juge aurait pu] arriver au même résultat, mais encore faut-il le faire à la lumière de l'expérience judiciaire qui est un autre moyen d'éviter les déclarations de culpabilité injustifiées. [*Biniaris*, par. 40]

Selon nous, les motifs invoqués par la juge d'instance pour rejeter le témoignage de l'accusé vont aussi à l'encontre de l'ensemble de l'expérience judiciaire en matière d'appréciation de la crédibilité, comme la majorité de la Cour d'appel en fait la démonstration.

La jurisprudence établit clairement qu'une cour d'appel n'intervient pas pour le motif qu'un juge ne s'est pas bien exprimé : *R. c. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30 (par comparaison, voir, quant au résultat, les arrêts *R. c. Buckingham* (2004), 187 O.A.C. 140, *R. c. J.B.* (2004), 200 B.C.A.C. 115, 2004 BCCA 342, et *R. c. James* (2005), 193 C.C.C. (3d) 340, 2005 NSCA 22). Par contre, nous estimons que les motifs sont en quelque sorte la caution du verdict et que dans certains cas, comme en l'espèce, les deux sont forcément indissociables. Dans ces cas, les vices des

reasons taint the verdict and make intervention by the appellate court necessary.

B. Error of Law

In discussing several examples of unreasonable verdicts, Arbour J. stated in *Biniaris*, at para. 37, that "[t]hese discernable defects are themselves sometimes akin to a separate error of law . . .". The two concepts do in fact overlap, and the same reasons that led us to conclude above that the verdict was unreasonable can also lead to the conclusion that there has been an error of law in the case at bar.

Even if it does not render the verdict unreasonable, a sufficiently serious defect in the trial judge's reasons may constitute an error of law warranting the intervention of an appellate court.

For instance, in *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, there was no doubt that the complainants had been abused. Conviction was therefore not a conclusion that a trier of fact acting judicially could not reasonably have reached. Nevertheless, Major J. stated, at para. 54, that "the trial judge erred in law by failing to address the confusing evidence, and failing to separate fact from fiction". See also: *R. v. M. (Y.)* (2004), 71 O.R. (3d) 388 (C.A.), at para. 26, in which the failure to address an issue was characterized as an error of law.

In the case at bar, there was no omission of the sort seen in *R. (D.)*, since the judge did not fail to mention the problem or analyse it. The omission here was more a functional one than a material one: the reasons did not support the assessment of credibility and were, for the purposes of judicial reasoning, non-existent.

C. Inadequate Reasons

In the instant case, the majority of the Court of Appeal based their decision on the *inadequacy* motifs contaminent le verdict et exigent l'intervention du tribunal d'appel.

B. Erreur de droit

54 Commentant plusieurs exemples de verdicts déraisonnables, la juge Arbour affirme, au par. 37 de l'arrêt *Biniaris*, que « [c]es faiblesses discernables s'apparentent parfois elles-mêmes à une erreur de droit distincte . . . ». Il y a, effectivement, un chevauchement entre les deux concepts, et les mêmes motifs qui nous ont, plus tôt, permis d'affirmer qu'il s'agit d'un verdict déraisonnable peuvent également amener à conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une erreur de droit.

55 Même s'il ne rend pas le verdict déraisonnable, un vice suffisamment grave dans les motifs du juge d'instance peut constituer une erreur de droit de nature à justifier l'intervention d'une cour d'appel.

56 Par exemple, dans l'arrêt *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, il ne faisait aucun doute que les plaignantes avaient effectivement été victimes d'abus. La condamnation n'était donc pas une conclusion à laquelle aucun juge des faits agissant d'une manière judiciaire n'aurait pu raisonnablement parvenir. Néanmoins, le juge Major affirme, au par. 54, que « le juge du procès a commis une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve déroutants et en ne distinguant pas la réalité de la fiction ». Voir aussi : *R. c. M. (Y.)* (2004), 71 O.R. (3d) 388 (C.A.), par. 26, qui qualifie d'erreur de droit l'omission de traiter d'une question.

57 En l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'une omission au sens de l'arrêt *R. (D.)*, car la juge n'a pas omis de faire mention du problème ni de l'analyser. Il s'agit en quelque sorte d'une omission au sens fonctionnel plutôt que physique : les motifs ne soutiennent pas l'analyse de la crédibilité et sont, pour les besoins du raisonnement judiciaire, inexistants.

C. Insuffisance de motifs

58 Dans la présente affaire, la majorité de la Cour d'appel s'est fondée sur l'*insuffisance* des motifs

of the trial judge's reasons within the meaning of *Sheppard* and *Braich*.

59 If the majority of the Court of Appeal relied on *Sheppard*, it is because that decision reviewed at length the principles of law that govern in this area. Contrary to what our colleagues seem to suggest at para. 15 of their reasons, the majority of the Court of Appeal did not claim that the facts in the case at bar were similar to those in *Sheppard*. Instead, the judges of the Court of Appeal made the following observation:

> [TRANSLATION] This is therefore not a case in which the judge failed to give any reasons for her rejection of the accused's testimony. On the contrary, the trial judge gave several reasons. However, and once again with respect, her reasons do not make it possible to understand the line of thought that led her to reject the testimony. [para. 94]

60 If we accept the test from *Sheppard* and *Braich* relating to the *function* of reasons (the test is set out in *Sheppard*, and is described in *Braich*, at para. 31, as "*the test*"), it follows that the trial judge's reasons in the case at bar are inadequate in that they do not make it possible to understand by what judicial reasoning she arrived at her conclusion. In *Braich*, Binnie J. concluded that "[t]he trial judge provided an intelligible pathway through his reasons to his conclusion" (para. 42). The same cannot be said in the case at bar.

61 If a trial judge states that he or she did not believe an accused because the accused did not wear a tie while testifying, the judge is giving a reason in support of the decision to reject the testimony. Even so, it must not be concluded that the trial judge's reasons are adequate simply because, unlike the judge in *Sheppard*, he or she has spelled them out in the decision.

62 In short, the trial judge's reasons do not support her decision regarding credibility. There are two possibilities: either her conclusions did not satisfy the test from *Biniaris* or they were based on other reasons not set out in the judgment and therefore

exposés par la juge du procès, selon les arrêts *Sheppard* et *Braich*.

Or, si la majorité de la Cour d'appel se fonde sur *Sheppard*, c'est que cet arrêt s'attarde longuement aux principes de droit applicables en la matière. Contrairement à ce que nos collègues semblent laisser entendre au par. 15 de leurs motifs, la majorité de la Cour d'appel n'a jamais prétendu que le présent cas était semblable quant aux faits à *Sheppard*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel reconnaissent

> [qu'i]l ne s'agit donc pas d'un cas où le juge ne donne aucun motif expliquant la raison de son rejet du témoignage de l'accusé. Au contraire, la juge de première instance en énumère un certain nombre. Cependant, et encore une fois cela dit avec [beaucoup d']égards, ses motifs ne permettent pas de comprendre le raisonnement par lequel elle a conclu au rejet du témoignage. [par. 94]

Si l'on retient des arrêts *Sheppard* et *Braich* le critère fondé sur le *rôle* des motifs (qui est énoncé dans *Sheppard* et décrit dans *Braich* au par. 31 comme étant « *le critère applicable* »), il s'ensuit que les motifs de la juge du procès sont insuffisants, en l'espèce, dans la mesure où ils ne permettent pas de comprendre par quel raisonnement judiciaire elle est arrivée à sa conclusion. Dans *Braich*, le juge Binnie conclut que « [l]e juge de première instance a exprimé de façon intelligible, dans ses motifs, le raisonnement qui l'a mené à sa conclusion » (par. 42). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Si le juge présidant un procès affirme ne pas avoir cru l'accusé parce qu'il ne portait pas de cravate lors de son témoignage, il expose alors un motif au soutien de sa décision de rejeter ce témoignage. Mais il ne faut pas conclure pour autant que ces motifs sont suffisants tout simplement parce que — à la différence du juge dans *Sheppard* — le juge du procès les a écrits dans sa décision.

En somme, les motifs de la juge d'instance ne justifient pas sa décision concernant la crédibilité. De deux choses l'une : soit que ses conclusions ne répondent pas au critère énoncé dans l'arrêt *Biniaris*, soit que ses conclusions s'appuient sur

unavailable for review (which is precisely the test for appellate court intervention set out in *Sheppard* and *Braich*).

In either case, the Court of Appeal had to intervene.

III

Contrary to what our colleagues assert, as we have already mentioned, the Court of Appeal did not substitute its own assessment of the respondent's credibility for the trial judge's assessment. It correctly reviewed the case to determine whether the trial judge's decision on this point warranted its intervention. The majority of the Court of Appeal answered this question, the one on which the case turns, in the affirmative, and in our view its answer was correct.

For these reasons, we would dismiss the appeal.

Appeal allowed, DESCHAMPS *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General's Prosecutor for Quebec, Longueuil.

Solicitors for the respondent: Ashton Martin, Longueuil.

d'autres motifs qui ne figurent pas dans le jugement et ne sont donc pas disponibles pour examen (précisément le critère de *Sheppard* et *Braich* pour l'intervention d'une cour d'appel).

63 Dans un cas comme dans l'autre, l'intervention de la Cour d'appel s'imposait.

III

64 Contrairement à ce qu'affirment nos collègues, la Cour d'appel, nous le répétons, n'a pas substitué sa propre évaluation de la crédibilité de l'intimé à celle faite par la juge du procès. C'est à bon droit qu'elle a plutôt examiné le dossier pour voir si la décision de la juge à ce sujet exigeait son intervention. À cette question — la question déterminante en l'espèce — la majorité de la Cour d'appel a répondu par l'affirmative, à juste titre selon nous.

65 Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS *et* FISH *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Substitut du procureur général du Québec, Longueuil.

Procureurs de l'intimé : Ashton Martin, Longueuil.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2006 Vol. 1

4e cahier, 2006 Vol. 1

Cited as [2006] 1 S.C.R. 643-864

Renvoi [2006] 1 R.C.S. 643-864

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

Bisaillon *v.* Concordia University **666**

Labour relations — Collective agreements — Pension plan — Jurisdiction of grievance arbitrator — Collective agreements referring expressly to pension plan established by university — Motion for authorization to institute class action filed in Superior Court by unionized employee disagreeing with decisions made by university respecting administration and use of pension fund — Majority of members of class action group covered by one of collective agreements between university and unions — Whether this dispute relating to pension plan within jurisdiction of Superior Court or of grievance arbitrator.

Childs *v.* Desormeaux **643**

Torts — Duty of care — Social host liability — Accident caused by guest driving his car after leaving party intoxicated — Whether social host owes duty of care to third parties who may be injured by intoxicated guest.

Jesuit Fathers of Upper Canada *v.* Guardian Insurance Co. of Canada **744**

Insurance — Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Indian residential school operated and administered by religious order — Order's general liability policy providing for errors and omissions insurance with respect to professional services — Policy stipulating coverage to apply only "to claims which are first made against the Insured during the policy period" — After claim presented by former student, insurer informed by insured of physical and sexual abuse at school and put on notice during policy period that similar claims might be made by other former students — Whether insurer must defend only claims "first made" before policy expired — Whether policy imposed upon insurer duty to defend against actions where information of possible claims received by insurer during policy period.

Insurance — Comprehensive general liability policy — Scope of policy — Whether insurance contract claims-made policy — Definition of "claim" under policy.

Mattel, Inc. *v.* 3894207 Canada Inc. **772**

Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Restauranteur applying to register "Barbie's" trade-mark in connection with its small chain of restaurants — Manufacturer of BARBIE dolls opposing registration — Whether use of "Barbie's" name in relation to restaurants likely to create confusion in market place with BARBIE trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Trade-marks Opposition Board of Canadian Intellectual Property Office — Board rejecting opposi-

Continued on next page

SOMMAIRE

Bisaillon *c.* Université Concordia **666**

Relations de travail — Conventions collectives — Régime de retraite — Compétence de l'arbitre de griefs — Conventions collectives renvoyant expressément au régime de retraite créé par l'université — Requête en autorisation de recours collectif déposée en Cour supérieure par un salarié syndiqué en désaccord avec les décisions de l'université concernant l'administration et l'utilisation de la caisse de retraite — Majorité des membres visés par le recours collectif liée par l'une ou l'autre des conventions collectives conclues entre l'université et les syndicats — Ce litige relatif au régime de retraite relève-t-il de la compétence de la Cour supérieure ou de celle de l'arbitre de griefs?

Childs *c.* Desormeaux **643**

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Responsabilité de l'hôte social — Accident causé par un invité ivre conduisant son véhicule en quittant les lieux d'une soirée — L'hôte social a-t-il une obligation de diligence envers les tiers qui peuvent être blessés par un invité ivre?

Jesuit Fathers of Upper Canada *c.* Cie d'assurance Guardian du Canada **744**

Assurances — Obligation de défendre de l'assureur — Assurance responsabilité civile générale — Pensionnat autochtone dirigé et administré par un ordre religieux — Police souscrite par l'ordre applicable aux erreurs et aux omissions liées à la prestation de services professionnels — Stipulation selon laquelle la garantie ne s'applique qu'aux « réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance » — Réclamation d'un ancien pensionnaire amenant l'assuré à informer l'assureur d'abus physiques et sexuels commis au pensionnat et à lui donner avis, pendant la période d'assurance, de réclamations similaires possibles de la part d'autres anciens pensionnaires — L'assureur doit-il défendre l'assuré uniquement contre les réclamations « présentées pour la première fois » avant l'expiration de la police? — L'assureur avait-il l'obligation, suivant la police, de défendre l'assuré dans le cadre d'actions intentées relativement à des réclamations dont il avait été informé de la présentation éventuelle pendant la période d'assurance?

Assurances — Assurance responsabilité civile générale — Étendue de la garantie — Le contrat d'assurance équivaut-il à une police basée sur la présentation d'une réclamation? — Signification du terme « réclamation » employé dans la police.

Mattel, Inc. *c.* 3894207 Canada Inc. **772**

Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Restaurateur demandant l'enregistrement de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

tion to registration of trade-mark — Standard applicable to Board's decision.

Placer Dome Canada Ltd. *v.* Ontario (Minister of Finance) 715

Taxation — Mining tax — Hedging — Whether definition of "hedging" in mining tax legislation restricted to transactions that result in delivery of output of mine — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

Statutes — Interpretation — Taxation legislation — Administrative practices — Presumption against tautology — Meaning of definition of "hedging" in mining tax legislation — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

Veuve Clicquot Ponsardin *v.* Boutiques Cliquot Ltée 824

Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Depreciation of goodwill — Owner of well-known VEUVE CLICQUOT trade-mark for wines and champagne seeking to stop small group of women's wear shops from using registered trade-mark CLIQUOT — Whether use of CLIQUOT name in relation to women's clothing store likely to create confusion in marketplace with VEUVE CLICQUOT trade-mark — Whether such use likely to depreciate value of goodwill attaching to VEUVE CLICQUOT trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 20, 22.

SOMMAIRE (Fin)

la marque de commerce « Barbie's » en liaison avec une petite chaîne de restaurants — Opposition à l'enregistrement par le fabricant des poupées BARBIE — L'emploi du nom « Barbie's » en liaison avec des restaurants est-elle susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce BARBIE? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des oppositions des marques de commerce de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada — Rejet par la Commission de l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce — Norme applicable à la décision de la Commission.

Placer Dome Canada Ltd. *c.* Ontario (Ministre des Finances) 715

Droit fiscal — Impôt sur l'exploitation minière — Couverture — La définition du terme « couverture », figurant dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière, vise-t-elle uniquement les opérations donnant lieu à la livraison de la production d'une mine? — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

Législation — Interprétation — Loi fiscale — Pratiques administratives — Présomption d'absence de tautologie — Sens de la définition du terme « couverture » dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

Veuve Clicquot Ponsardin *c.* Boutiques Cliquot Ltée 824

Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Dépréciation de l'achalandage — Propriétaire de la marque de commerce VEUVE CLICQUOT bien connue pour le vin et le champagne voulant empêcher un petit groupe de boutiques de vêtements pour dames d'utiliser la marque déposée CLIQUOT — L'utilisation du nom CLIQUOT en liaison avec une boutique de vêtements pour dames est-elle susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Pareille utilisation est-elle susceptible de faire diminuer la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 20, 22.

Zoe Childs, Andrew Childs, Pauline Childs, Heather Lee Childs and Jennifer Christine Childs *Appellants*

v.

Desmond Desormeaux, Julie Zimmerman and Dwight Courrier *Respondents*

and

Mothers Against Drunk Driving (MADD Canada) and Insurance Bureau of Canada *Interveners*

INDEXED AS: CHILDS *v.* DESORMEAUX

Neutral citation: 2006 SCC 18.

File No.: 30472.

2006: January 18; 2006: May 5.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Duty of care — Social host liability — Accident caused by guest driving his car after leaving party intoxicated — Whether social host owes duty of care to third parties who may be injured by intoxicated guest.

After leaving a party held in a private home, D, who was then impaired, drove his vehicle into oncoming traffic and collided head-on with another vehicle. One of the passengers in the other vehicle was killed and three others seriously injured, including C. C brought an action against the hosts of the party for the injuries she suffered. Both the trial judge and the Court of Appeal concluded, for different reasons, that social hosts of parties do not owe a duty of care to members of the public who may be injured by an intoxicated guest's conduct.

Held: The appeal should be dismissed.

Zoe Childs, Andrew Childs, Pauline Childs, Heather Lee Childs et Jennifer Christine Childs *Appelants*

c.

Desmond Desormeaux, Julie Zimmerman et Dwight Courrier *Intimés*

et

Les mères contre l'alcool au volant (MADD Canada) et Bureau d'assurance du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHILDS *c.* DESORMEAUX

Référence neutre : 2006 CSC 18.

N° du greffe : 30472.

2006 : 18 janvier; 2006 : 5 mai.

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

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

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Responsabilité de l'hôte social — Accident causé par un invité ivre conduisant son véhicule en quittant les lieux d'une soirée — L'hôte social a-t-il une obligation de diligence envers les tiers qui peuvent être blessés par un invité ivre?

En quittant les lieux d'une soirée tenue dans une résidence privée, D, qui était alors en état d'ébriété, a engagé sa voiture dans la voie réservée aux véhicules venant en sens inverse et a heurté de plein fouet un autre véhicule. Une des personnes prenant place dans cet autre véhicule a été tuée et trois autres ont été gravement blessées, dont C. C a poursuivi les hôtes de la soirée en recouvrement des dommages pour les blessures qu'elle a subies. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu, pour des raisons différentes, que les hôtes sociaux n'ont aucune obligation de diligence envers les membres du public qui peuvent être blessés par un invité ivre qui conduit un véhicule.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Social hosts of parties where alcohol is served do not owe a duty of care to public users of highways. The proximity necessary to meet the first stage of the *Anns* test has not been established. First, the injury to C was not reasonably foreseeable on the facts established in this case. There was no finding by the trial judge that the hosts knew, or ought to have known, that D, who was leaving the party driving, was impaired. Also, although the hosts knew that D had gotten drunk in the past and driven, a history of alcohol consumption and impaired driving does not make impaired driving, and the consequent risk to other motorists, reasonably foreseeable. Second, even if foreseeability were established, no duty would arise because the wrong alleged is a failure to act or nonfeasance in circumstances where there was no positive duty to act. No duty to monitor guests' drinking or to prevent them from driving can be imposed having regard to the relevant legal principles. A social host at a party where alcohol is served is not under a duty of care to members of the public who may be injured by a guest's actions, unless the host's conduct implicates him or her in the creation or exacerbation of the risk. Short of active implication, a host is entitled to respect the autonomy of a guest. The consumption of alcohol, and the assumption of the risks of impaired judgment, is in almost all cases a personal choice and an inherently personal activity. Absent the special considerations that may apply in the commercial context, when such a choice is made by an adult, there is no reason why others should be made to bear its costs. Lastly, with respect to the factor of reasonable reliance, there is no evidence that anyone relied on the hosts in this case to monitor guests' intake of alcohol or prevent intoxicated guests from driving. While, in the commercial context, it is reasonable to expect that the provider will act to protect the public interest, the same cannot be said of the private social host, who neither undertakes nor is expected to monitor the conduct of guests on behalf of the public. [24-32] [38-47]

Because a *prima facie* duty of care has not been established in this case, it is unnecessary to consider whether any duty would be negated by policy considerations at the second stage of the *Anns* test. [48]

Les hôtes sociaux de soirées où l'on sert de l'alcool n'ont aucune obligation de diligence envers les usagers de la route. Le lien de proximité nécessaire pour que s'applique le premier volet du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été établi. D'abord, les faits révèlent que les blessures causées à C n'étaient pas raisonnablement prévisibles. Le juge de première instance n'a pas conclu que les hôtes savaient, ou auraient dû savoir, que D était ivre en quittant la soirée au volant de sa voiture. Également, bien que les hôtes savaient que D avait conduit en état d'ébriété par le passé, des antécédents de consommation d'alcool et de conduite en état d'ébriété ne rendent pas raisonnablement prévisibles la conduite en état d'ébriété et les risques qu'elle représente pour les autres automobilistes. Ensuite, même si la prévisibilité avait été établie, il n'y aurait aucune obligation parce que le tort allégué consiste en un défaut d'agir ou une inaction dans des circonstances où il n'y a aucune obligation positive d'agir. Compte tenu des principes juridiques pertinents, aucune obligation de surveiller la consommation d'alcool des invités ou de les empêcher de conduire ne peut être imposée. À moins que sa conduite ne révèle une participation à la création ou à l'aggravation du risque, l'hôte social d'une soirée où l'on sert de l'alcool n'a aucune obligation de diligence envers les membres du public qui peuvent être blessés par les actes d'un de ses invités. S'il n'y a pas cette participation active de sa part, l'hôte est en droit de respecter l'autonomie de l'invité. La consommation d'alcool, et l'acceptation des risques liés à un jugement affaibli, constitue dans presque tous les cas un choix personnel et une activité intrinsèquement personnelle. En l'absence des considérations particulières susceptibles de s'appliquer dans le contexte commercial, il n'y a aucune raison, lorsqu'un adulte fait un tel choix, d'en faire porter le fardeau par les autres. Enfin, pour ce qui est du facteur de la confiance raisonnable, aucun élément de preuve n'établit qu'en l'espèce, les invités se fiaient aux hôtes pour surveiller leur consommation d'alcool ou pour empêcher les invités ivres de conduire un véhicule. Alors que dans le contexte commercial il est raisonnable de s'attendre à ce que le fournisseur agisse de manière à protéger l'intérêt public, on ne peut en dire autant de l'hôte d'une soirée privée, de qui on ne s'attend pas qu'il surveille la conduite de ses invités pour le compte du public et qui ne s'engage pas à le faire. [24-32] [38-47]

Parce que l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* n'a pas été établie en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner, à la deuxième étape du critère énoncé dans *Anns*, si une obligation serait écartée par des considérations de politique générale. [48]

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; **distinguished:** *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *Hendricks v. The Queen*, [1970] S.C.R. 237; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Dziwenka v. The Queen in right of Alberta*, [1972] S.C.R. 419; *Bain v. Board of Education (Calgary)* (1993), 146 A.R. 321; *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 39 O.R. (3d) 487; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69.

Statutes and Regulations Cited

Liquor Control Act, R.S.O. 1990, c. L.18.
Liquor Licence Act, R.S.O. 1990, c. L.19.
N.J. Stat. Ann. §§ 2A:15-5.5 to 2A:15-5.8 (West 2000).
R.R.O. 1990, Reg. 719.

Authors Cited

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O. and Weiler and Sharpe JJ.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 195, 239 D.L.R. (4th) 61, 187 O.A.C. 111, 23 C.C.L.T. (3d) 216, 4 M.V.R. (5th) 1, [2004] O.J. No. 2065 (QL), affirming a decision of Chadwick J. (2002), 217 D.L.R. (4th) 217, 13 C.C.L.T. (3d) 259, [2002] O.J. No. 3289 (QL). Appeal dismissed.

Barry D. Laushway, *Scott Laushway* and *Beth Alexander*, for the appellants.

No one appeared for the respondent Desmond Desormeaux.

Eric R. Williams and *Jaye E. Hooper*, for the respondents Julie Zimmerman and Dwight Courrier.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; **distinction d'avec les arrêts :** *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *Hendricks c. La Reine*, [1970] R.C.S. 237; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Dziwenka c. La Reine du chef de l'Alberta*, [1972] R.C.S. 419; *Bain c. Board of Education (Calgary)* (1993), 146 A.R. 321; *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 39 O.R. (3d) 487; **arrêts mentionnés :** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69.

Lois et règlements cités

Loi sur les alcools, L.R.O. 1990, ch. L.18.
Loi sur les permis d'alcool, L.R.O. 1990, ch. L.19.
N.J. Stat. Ann. §§ 2A:15-5.5 à 2A:15-5.8 (West 2000).
R.R.O. 1990, règl. 719.

Doctrine citée

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Weiler et Sharpe) (2004), 71 O.R. (3d) 195, 239 D.L.R. (4th) 61, 187 O.A.C. 111, 23 C.C.L.T. (3d) 216, 4 M.V.R. (5th) 1, [2004] O.J. No. 2065 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Chadwick (2002), 217 D.L.R. (4th) 217, 13 C.C.L.T. (3d) 259, [2002] O.J. No. 3289 (QL). Pourvoi rejeté.

Barry D. Laushway, *Scott Laushway* et *Beth Alexander*, pour les appelants.

Personne n'a comparu pour l'intimé Desmond Desormeaux.

Eric R. Williams et *Jaye E. Hooper*, pour les intimés Julie Zimmerman et Dwight Courrier.

Kirk F. Stevens, for the intervener Mothers Against Drunk Driving (MADD Canada).

Alan L. W. D'Silva, *Nicholas McHaffie* and *Vaso Maric*, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

1 A person hosts a party. Guests drink alcohol. An inebriated guest drives away and causes an accident in which another person is injured. Is the host liable to the person injured? I conclude that as a general rule, a social host does not owe a duty of care to a person injured by a guest who has consumed alcohol and that the courts below correctly dismissed the appellants' action.

2. Facts

2 This case arises from a tragic car accident in Ottawa in the early hours of January 1, 1999. At 1:30 a.m., after leaving a party hosted by Dwight Courrier and Julie Zimmerman, Desmond Desormeaux drove his vehicle into oncoming traffic and collided head-on with a vehicle driven by Patricia Hadden. One of the passengers in Ms. Hadden's car was killed and three others seriously injured, including Zoe Childs, who was then a teenager. Ms. Childs' spine was severed and she has since been paralyzed from the waist down. Mr. Desormeaux and the two passengers in his car were also injured.

3 Mr. Desormeaux was impaired at the time of the accident. The trial judge found that he had probably consumed 12 beers at the party over two and a half hours, producing a blood-alcohol concentration of approximately 235 mg per 100 ml when he

Kirk F. Stevens, pour l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant (MADD Canada).

Alan L. W. D'Silva, *Nicholas McHaffie* et *Vaso Maric*, pour l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Une personne donne une soirée. Les invités consomment de l'alcool. Un invité ivre quitte les lieux au volant de sa voiture et cause un accident dans lequel une autre personne est blessée. L'hôte est-il responsable envers la personne blessée? Je conclus qu'en règle générale, un hôte social n'a aucune obligation de diligence envers une personne blessée par un invité qui a consommé de l'alcool, et que les tribunaux inférieurs ont eu raison de rejeter l'action des appelants.

2. Faits

Cette affaire résulte d'un tragique accident de la route survenu à Ottawa tôt le matin, le 1er janvier 1999. À 1 h 30, en quittant les lieux d'une soirée organisée par Dwight Courrier et Julie Zimmerman, Desmond Desormeaux a engagé sa voiture dans la voie réservée aux véhicules venant en sens inverse et a heurté de plein fouet un véhicule conduit par Patricia Hadden. Une des personnes prenant place dans la voiture de Mme Hadden a été tuée, et trois autres ont été gravement blessées, dont Zoe Childs, qui était alors une adolescente. Mme Childs, dont la colonne vertébrale a été sectionnée, est depuis paralysée de la taille jusqu'aux pieds. M. Desormeaux et ses deux passagers ont également été blessés.

Au moment de l'accident, la capacité de conduire de M. Desormeaux était affaiblie. Le juge de première instance a estimé que ce dernier avait probablement consommé 12 bières en deux heures et demie au cours de la soirée, et son alcoolémie

left the party and 225 mg per 100 ml at the time of the accident — concentrations well over the legal limit for driving of 80 mg per 100 ml. Mr. Desormeaux pleaded guilty to a series of criminal charges arising from these events and received a 10-year sentence.

était d'environ 235 mg par 100 ml au moment où il a quitté la soirée, et de 225 mg par 100 ml au moment de l'accident — bien au-dessus de la limite de 80 mg par 100 ml permise par la loi. M. Desormeaux a plaidé coupable à une série d'accusations criminelles découlant de ces événements et a été condamné à un emprisonnement de 10 ans.

The party hosted by Dwight Courrier and Julie Zimmerman at their home was a "BYOB" (Bring Your Own Booze) event. The only alcohol served by the hosts was three-quarters of a bottle of champagne in small glasses at midnight. Mr. Desormeaux was known to his hosts to be a heavy drinker. The trial judge heard evidence that when Mr. Desormeaux walked to his car to leave, Mr. Courrier accompanied him and asked, "Are you okay, brother?" Mr. Desormeaux responded "No problem", got behind the wheel and drove away with two passengers.

4 Pour la soirée donnée par Dwight Courrier et Julie Zimmerman à leur résidence, chacun devait apporter sa boisson. Les hôtes n'ont servi que les trois quarts d'une bouteille de champagne dans de petits verres sur le coup de minuit. Les hôtes de M. Desormeaux savaient qu'il buvait beaucoup. Des témoins ont déclaré au juge de première instance que lorsque M. Desormeaux s'est dirigé vers sa voiture pour quitter les lieux, M. Courrier l'a accompagné et lui a demandé [TRADUCTION] « Ça va aller, mon ami? » M. Desormeaux a répondu [TRADUCTION] « Aucun problème », s'est mis au volant et a quitté les lieux en compagnie de deux passagers.

The trial judge found that a reasonable person in the position of Mr. Courrier and Ms. Zimmerman would have foreseen that Mr. Desormeaux might cause an accident and injure someone else. However, the *prima facie* duty of care this gave rise to was negatived, in his view, by policy considerations involving the social and legal consequences of imposing a duty of care on social hosts to third parties injured by their guests, government regulation of alcohol sale and use and the preferability of a legislative, rather than a judicial, solution. Accordingly, the trial judge dismissed the action ((2002), 217 D.L.R. (4th) 217).

5 Le juge de première instance a conclu qu'une personne raisonnable placée dans la situation de M. Courrier et M^me^ Zimmerman aurait prévu que M. Desormeaux risquait de causer un accident et de blesser quelqu'un. Toutefois, l'obligation de diligence *prima facie* ainsi créée se trouvait écartée, selon lui, par des considérations de politique générale mettant en cause les conséquences sociales et juridiques de l'imposition aux hôtes sociaux d'une obligation de diligence envers les tiers blessés par leurs invités, par la réglementation gouvernementale en matière de vente et de consommation d'alcool et par le fait qu'une solution législative est préférable à une solution judiciaire. Le juge de première instance a donc rejeté l'action ((2002), 217 D.L.R. (4th) 217).

The Court of Appeal for Ontario dismissed Ms. Childs' appeal. In its view, the circumstances did not disclose even a *prima facie* duty of care. Unless social hosts are actively implicated in creating the risk that gives rise to the accident, they cannot be found liable. Here, the social hosts "did not assume control over the supply or service of alcohol, nor did they serve alcohol to [Mr.] Desormeaux when

6 La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de M^me^ Childs. À son avis, les circonstances ne révélaient pas même l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. À moins qu'ils n'aient participé activement à la création du risque ayant engendré l'accident, les hôtes sociaux ne peuvent être tenus responsables. En l'espèce, les hôtes sociaux [TRADUCTION] « n'ont exercé aucun contrôle sur la

he was visibly impaired" ((2004), 71 O.R. (3d) 195, at para. 75). Unlike commercial hosts, they were under no statutory duty to monitor the consumption of alcohol or to control the premises where alcohol was served, nor did anyone rely on them to do so. The court, *per* Weiler J.A., concluded (at para. 75):

> . . . I cannot accept the proposition that by merely supplying the venue of a BYOB party, a host assumes legal responsibility to third party users of the road for monitoring the alcohol consumed by guests, . . . It would not be just and fair in the circumstances to impose a duty of care.

7 Ms. Childs appeals to this Court and asks that we reverse the courts below and conclude that Mr. Courrier and Ms. Zimmerman, as social hosts of the party where Mr. Desormeaux was drinking, are liable for the injuries she suffered.

8 The central legal issue raised by this appeal is whether social hosts who invite guests to an event where alcohol is served owe a legal duty of care to third parties who may be injured by intoxicated guests. It is clear that commercial hosts, like bars or clubs, may be under such a duty. This is the first time, however, that this Court has considered the duty owed by social hosts to plaintiffs like Ms. Childs.

3. Analysis

3.1 *The General Test for a Duty of Care*

9 Before the decision of the House of Lords in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, the law governing tort liability for wrongs to others was a complex of categories derived from cases decided over the centuries. In *Donoghue v. Stevenson*, the House of Lords replaced the category approach with a principled approach. It recognized the existence of a "general conception of relations giving

fourniture ou le service de l'alcool, pas plus qu'ils n'en ont servi à M. Desormeaux lorsque ses facultés étaient visiblement affaiblies » ((2004), 71 O.R. (3d) 195, par. 75). Contrairement aux hôtes commerciaux, la loi ne les obligeait pas à surveiller la consommation d'alcool ou à contrôler les lieux où de l'alcool était servi, et personne ne s'attendait à ce qu'ils le fassent. La juge Weiler, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu comme suit (par. 75) :

> [TRADUCTION] . . . Je ne puis accepter la thèse voulant qu'en fournissant simplement le lieu d'une soirée où chacun apporte sa boisson, un hôte assume envers les tiers usagers de la route une responsabilité légale de surveiller la consommation d'alcool de ses invités [. . .] Il ne serait pas juste et équitable, dans les circonstances, d'imposer une obligation de diligence.

M^me^ Childs interjette appel devant notre Cour et nous demande d'infirmer les décisions des tribunaux inférieurs et de conclure que M. Courrier et M^me^ Zimmerman, en tant qu'hôtes de la soirée où M. Desormeaux a consommé de l'alcool, sont responsables des blessures qu'elle a subies.

La principale question juridique soulevée dans ce pourvoi est de savoir si les hôtes sociaux qui invitent des gens à une soirée où l'on sert de l'alcool ont une obligation légale de diligence envers les tiers qui peuvent être blessés par des invités en état d'ébriété. Il est clair que les hôtes commerciaux, comme les bars ou les clubs, peuvent être tenus à une telle obligation. Mais c'est la première fois que notre Cour examine l'obligation qu'ont les hôtes sociaux envers des demandeurs comme M^me^ Childs.

3. Analyse

3.1 *Le critère général applicable à l'obligation de diligence*

Avant l'arrêt de la Chambre des lords dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, le droit en matière de responsabilité délictuelle pour préjudice causé à autrui consistait en un ensemble de catégories découlant des décisions rendues au fil des siècles. Dans *Donoghue c. Stevenson*, la Chambre des lords a remplacé la méthode des catégories par une méthode fondée sur des principes. Elle a

rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances" (p. 580, *per* Lord Atkin). The general concept of a duty owed to those whom one might injure proved both powerful and practical. However, it brought with it a question — a question we wrestle with to this day. How do we define the persons to whom the duty is owed?

Lord Atkin recognized this problem in *Donoghue v. Stevenson*. He accepted that negligence is based on a "general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay", but distinguished legal duties from moral obligation: ". . . acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief" (p. 580). My legal duty, he said, extends to my "neighbour". Legal neighbourhood is "restricted" to "persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question" (p. 580). This concept, sometimes referred to as proximity, remains the foundation of the modern law of negligence.

In *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), Lord Wilberforce proposed a two-part test for determining whether a duty of care arises. The first stage focuses on the relationship between the plaintiff and the defendant, and asks whether it is close or "proximate" enough to give rise to a duty of care (p. 742). The second stage asks whether there are countervailing policy considerations that negative the duty of care. The two-stage approach of *Anns* was adopted by this Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11, and recast as follows:

reconnu l'existence d'une [TRADUCTION] « conception générale des rapports donnant lieu à une obligation de diligence, dont les décisions publiées dans les recueils ne sont que des exemples » (p. 580, lord Atkin). La notion générale d'une obligation envers les personnes que l'on risque de blesser s'est avérée un outil puissant et pratique. Elle comportait toutefois une question — une question avec laquelle nous sommes encore aux prises aujourd'hui : de quelle façon peut-on déterminer les personnes qui bénéficient de cette obligation?

10 Lord Atkin a reconnu ce problème dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*. Il a admis que la responsabilité pour négligence est fondée sur un [TRADUCTION] « sentiment général du public d'un préjudice moral que le responsable doit réparer », mais il a différencié les obligations juridiques des obligations morales : [TRADUCTION] « . . . on ne peut, en pratique, considérer les actes ou omissions que la morale réprouve comme donnant droit à toute personne lésée de demander réparation » (p. 580). Mon obligation juridique, a-t-il affirmé, s'étend à mon [TRADUCTION] « prochain ». Mon prochain en droit est [TRADUCTION] « restreint » aux « personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu'elles seront ainsi touchées lorsque je réfléchis aux actes ou omissions qui sont mis en question » (p. 580). Cette notion, que l'on appelle parfois la proximité, demeure le fondement de notre droit moderne de la négligence.

11 Dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), lord Wilberforce a proposé un critère en deux volets permettant de déterminer s'il existe une obligation de diligence. Le premier volet met l'accent sur le lien entre le demandeur et le défendeur et consiste à se demander s'il est suffisamment étroit ou [TRADUCTION] « proche » pour donner naissance à une obligation de diligence (p. 742). Le second volet consiste à décider s'il existe des considérations de politique générale dominantes susceptibles d'écarter l'obligation de diligence. Dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11, cette Cour a adopté la démarche en deux étapes de l'arrêt *Anns* et l'a reformulée de la façon suivante :

(1) is there "a sufficiently close relationship between the parties" or "proximity" to justify imposition of a duty and, if so,

(2) are there policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which breach may give rise?

12 In *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69, the Court affirmed the *Anns* test and spoke, *per* Iacobucci J., of three requirements: reasonable foreseeability; sufficient proximity; and the absence of overriding policy considerations which negate a *prima facie* duty established by foreseeability and proximity: para. 52. Some cases speak of foreseeability being an element of proximity where "proximity" is used in the sense of establishing a relationship sufficient to give rise to a duty of care: see, e.g., *Kamloops. Odhavji*, by contrast, sees foreseeability and proximity as separate elements at the first stage; "proximity" is here used in the narrower sense of features of the relationship other than foreseeability. There is no suggestion that *Odhavji* was intended to change the *Anns* test; rather, it merely clarified that proximity will not always be satisfied by reasonable foreseeability. What is clear is that at stage one, foreseeability and factors going to the relationship between the parties must be considered with a view to determining whether a *prima facie* duty of care arises. At stage two, the issue is whether this duty is negated by other, broader policy considerations.

13 The plaintiff bears the ultimate legal burden of establishing a valid cause of action, and hence a duty of care: *Odhavji*. However, once the plaintiff establishes a *prima facie* duty of care, the evidentiary burden of showing countervailing policy considerations shifts to the defendant, following the

(1) y a-t-il un lien « suffisamment étroi[t] entre les parties » ou un rapport de « proximité » justifiant l'imposition d'une obligation, et dans l'affirmative,

(2) existe-t-il des considérations de politique générale exigeant de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Dans l'arrêt *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69, la Cour a confirmé le critère énoncé dans *Anns* et le juge Iacobucci a fait état des trois conditions suivantes : la prévisibilité raisonnable, l'existence d'un lien suffisamment étroit et l'absence de considérations de politique générale dominantes qui écartent l'obligation *prima facie* dont l'existence est établie par la prévisibilité et le lien de proximité étroit : par. 52. Dans certaines décisions, on parle de la prévisibilité comme d'un élément de la proximité lorsque le terme « proximité » est employé dans le sens de l'établissement d'un lien suffisant pour donner naissance à une obligation de diligence : voir, p. ex., *Kamloops*. Dans *Odhavji* par contre, on envisage la prévisibilité et la proximité comme des éléments distincts considérés à la première étape; la « proximité » est alors employée dans un sens plus restreint qui s'attache aux caractéristiques du lien autres que la prévisibilité. Rien n'indique que l'arrêt *Odhavji* était censé modifier le critère énoncé dans *Anns*; il a plutôt précisé simplement que la prévisibilité raisonnable ne suffit pas toujours à établir le rapport de proximité. Il est clair qu'à la première étape, la prévisibilité et les facteurs ayant trait au lien qui existe entre les parties doivent être examinés en vue de déterminer s'il existe une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape, il faut se demander si cette obligation est écartée par d'autres considérations de politique plus générales.

Le demandeur doit s'acquitter de la charge ultime d'établir l'existence d'une cause d'action valide, et donc d'une obligation de diligence : *Odhavji*. Mais une fois que le demandeur a établi l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, le fardeau de prouver qu'il existe des considérations de politique

general rule that the party asserting a point should be required to establish it.

The courts in this case applied these general principles and concluded, for different reasons, that they did not give rise to a duty of care on social hosts of parties where alcohol is served, to members of the public who may be injured by an intoxicated guest's conduct. The trial judge found that the first stage of the test had been met, but that policy considerations at stage two negated a duty of care. The Court of Appeal, by contrast, found that the first stage of establishing a *prima facie* duty of care had not been met, making it unnecessary to go on to the second stage of the *Anns* test.

3.2 *Is the Proposed Duty Novel?*

A preliminary point arises from a nuance on the *Anns* test developed in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79. The Court in *Cooper* introduced the idea that as the case law develops, categories of relationships giving rise to a duty of care may be recognized, making it unnecessary to go through the *Anns* analysis. The reference to categories simply captures the basic notion of precedent: where a case is like another case where a duty has been recognized, one may usually infer that sufficient proximity is present and that if the risk of injury was foreseeable, a *prima facie* duty of care will arise. On the other hand, if a case does not clearly fall within a relationship previously recognized as giving rise to a duty of care, it is necessary to carefully consider whether proximity is established. Following *Cooper*, the first issue raised in this case is whether claims against private hosts for alcohol-related injuries caused by a guest constitute a new category of claim. Like the courts below, I conclude that it does.

générale dominantes incombe alors au défendeur, conformément à la règle générale voulant que la partie qui affirme un fait doit en établir l'existence.

14 En l'espèce, les cours ont appliqué ces principes généraux et ont conclu, pour des raisons différentes, que ceux-ci n'avaient pas pour effet d'imposer aux hôtes sociaux de soirées où l'on sert de l'alcool une obligation de diligence envers les membres du public qui peuvent être blessés lorsqu'un invité ivre conduit un véhicule. Le juge de première instance a conclu qu'il avait été satisfait à la première étape du critère, mais que l'obligation de diligence se trouvait écartée à la deuxième étape par les considérations de politique générale. La Cour d'appel, par contre, a conclu que l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* n'avait pas été établie à la première étape, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de passer à la deuxième étape du critère de l'arrêt *Anns*.

3.2 *L'obligation invoquée est-elle nouvelle?*

15 Une nuance apportée au critère énoncé dans *Anns* et élaborée dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79, soulève une question préliminaire. Dans *Cooper*, la Cour a introduit l'idée qu'avec l'évolution de la jurisprudence, des catégories de liens donnant naissance à une obligation de diligence peuvent être reconnues, de sorte qu'une analyse préconisée dans l'arrêt *Anns* ne serait plus nécessaire. La mention des catégories reprend simplement la notion fondamentale de précédent : lorsqu'une affaire ressemble à une autre dans laquelle une obligation a été reconnue, on peut généralement en déduire la présence d'une proximité suffisante, et si le risque de blessures était prévisible, on peut conclure qu'une obligation de diligence *prima facie* est née. Par contre, si une affaire ne cadre pas clairement dans une catégorie de liens déjà reconnus comme donnant naissance à une obligation de diligence, il faut examiner soigneusement si la proximité est établie. Selon l'arrêt *Cooper*, la première question qui se pose en l'espèce est de savoir si les actions intentées contre les hôtes de soirées privées pour des blessures liées à l'alcool causées par un de leurs invités constituent une nouvelle catégorie d'actions. À l'instar des tribunaux inférieurs, je conclus qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question.

16 Canadian law does not provide a clear answer to the question of whether people who host social events where alcohol is served owe a duty of care to third-party members of the public who may be harmed by guests who leave the event inebriated. The closest comparison is that of commercial alcohol providers, who have been held to owe a duty to third-party members of the public who are injured as a result of the drunken driving of a patron: *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131. Although the action was dismissed on the facts, *Stewart* affirmed that a special relationship existed between taverns and the motoring public that could require the former to take positive steps to protect the latter.

Le droit canadien ne répond pas clairement à la question de savoir si les hôtes de soirées où l'on sert de l'alcool ont une obligation de diligence envers les membres du public qui peuvent être blessés par un invité qui quitte les lieux de la soirée en état d'ébriété. La situation qui s'en rapproche le plus est celle des fournisseurs d'alcool commerciaux, qui ont été tenus à une obligation de diligence envers les membres du public qui subissent des blessures parce qu'un client conduit en état d'ébriété : *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131. Bien que l'action ait été rejetée quant aux faits, l'arrêt *Stewart* a confirmé qu'il existait entre les propriétaires de débits d'alcool et les automobilistes un lien spécial qui pouvait obliger les premiers à prendre des mesures positives pour protéger les derniers.

17 The situation of commercial hosts, however, differs from that of social hosts. As discussed, in determining whether a duty of care arises, the focus is on the nature of the relationship between the parties. Three differences in the plaintiff-defendant relationship suggest that the possibility of a duty of care on commercial hosts does not automatically translate into a duty of care for social hosts.

La situation des hôtes commerciaux, cependant, diffère de celle des hôtes sociaux. Comme nous l'avons vu, pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il faut examiner la nature du lien entre les parties. Le lien entre le demandeur et le défendeur comporte trois différences laissant croire que la possibilité d'une obligation de diligence des hôtes commerciaux ne se traduit pas automatiquement par une obligation de diligence de la part des hôtes sociaux.

18 First, commercial hosts enjoy an important advantage over social hosts in their capacity to monitor alcohol consumption. As a result, not only is monitoring relatively easy for a commercial host, but it is also expected by the host, patrons and members of the public. In fact, commercial hosts have a special incentive to monitor consumption because they are being paid for service. Patrons expect that the number of drinks they consume will be monitored, if only to ensure that they are asked to pay for them. Furthermore, regulators can require that servers undertake training to ensure that they understand the risks of over-service and the signs of intoxication (see, e.g., R.R.O. 1990, Reg. 719). This means that not only is monitoring inherently part of the commercial transaction, but that servers can generally

Premièrement, les hôtes commerciaux ont sur les hôtes sociaux l'avantage important de pouvoir surveiller la consommation d'alcool. Par conséquent, non seulement la surveillance est-elle relativement facile à exercer pour un hôte commercial, mais l'hôte, les clients et les membres du public s'attendent à une telle surveillance. En fait, les hôtes commerciaux ont particulièrement intérêt à surveiller la consommation parce qu'ils sont payés pour faire le service. Les clients s'attendent à ce que le nombre de consommations qu'ils boivent soit surveillé, ne serait-ce que pour qu'on puisse leur en demander le paiement. En outre, les responsables de la réglementation peuvent exiger des serveurs qu'ils suivent une formation pour s'assurer qu'ils reconnaissent les dangers de la consommation excessive et les signes d'ivresse

be expected to possess special knowledge about intoxication.

Second, the sale and consumption of alcohol is strictly regulated by legislatures, and the rules applying to commercial establishments suggest that they operate in a very different context than private-party hosts. This regulation is driven by public expectations and attitudes towards intoxicants, but also serves, in turn, to shape those expectations and attitudes. In Ontario, where these facts occurred, the production, sale and use of alcohol is regulated principally by the regimes established by the *Liquor Control Act*, R.S.O. 1990, c. L.18, and the *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1990, c. L.19. The latter Act is wide-ranging and regulates how, where, by and to whom alcohol can be sold or supplied, where and by whom it can be consumed and where intoxication is permitted and where it is not.

These regulations impose special responsibilities on those who would profit from the supply of alcohol. This is clear by the very existence of a licensing scheme, but also by special rules governing the service of alcohol and, as noted above, special training that may be required. Clearly, the sale of alcohol to the general public is understood as including attendant responsibilities to reduce the risk associated with that trade.

The importance of this regulatory environment does not relate to the statutory requirements *per se*, but what they demonstrate about the nature of commercial alcohol sales and about the expectations of purveyors, patrons and the public. Selling alcohol is a carefully regulated industry. The dangers of over-consumption, or of consumption by young or otherwise vulnerable persons, means that its sale and service in commercial settings is controlled. It is not treated like an ordinary commodity sold in retail stores. The public expects that in addition to adherence to regulatory standards, those who sell

(voir, p. ex., R.R.O. 1990, règl. 719). Ainsi, non seulement la surveillance fait-elle partie intégrante de l'opération commerciale, mais on peut généralement s'attendre à ce que les serveurs aient des connaissances spéciales en matière d'ébriété.

19 Deuxièmement, les législateurs réglementent rigoureusement la vente et la consommation d'alcool, et les règles applicables aux établissements commerciaux supposent que ceux-ci exercent leurs activités dans un contexte très différent de celui des hôtes de soirées privées. Cette réglementation, qui répond aux attentes et aux attitudes du public à l'endroit des boissons alcoolisées, permet également de façonner ces attentes et attitudes. En Ontario, où les faits se sont produits, la fabrication, la vente et la consommation d'alcool sont réglementées principalement par les régimes établis en vertu de la *Loi sur les alcools*, L.R.O. 1990, ch. L.18, et de la *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.O. 1990, ch. L.19. Cette dernière a une large portée et dicte comment, où, par qui et à qui l'alcool peut être vendu ou fourni, où et par qui il peut être consommé, où l'ébriété est permise et où elle ne l'est pas.

20 Ces règlements imposent des responsabilités particulières aux personnes qui tirent profit de la fourniture d'alcool. C'est ce qu'indiquent clairement tant l'existence même d'un régime de permis que les règles spéciales propres au service de l'alcool et, comme nous l'avons vu, la formation spéciale qui peut être exigée. Manifestement, la vente d'alcool au grand public est considérée comme comportant des responsabilités connexes visant à réduire les risques associés à ce commerce.

21 L'importance de cet environnement réglementaire ne tient pas tant aux conditions qu'il prescrit qu'à ce que ces conditions révèlent sur la nature des ventes d'alcool commerciales et sur les attentes des fournisseurs, des clients et du public. L'industrie de la vente d'alcool est rigoureusement réglementée. En raison des dangers de la consommation excessive d'alcool ou de sa consommation par les jeunes ou les personnes vulnérables, la vente et le service d'alcool dans les lieux commerciaux sont contrôlés. L'alcool n'est pas considéré comme un article ordinaire vendu dans les magasins. Le public s'attend à

alcohol to the general public take additional steps to reduce the associated risks. Furthermore, patrons are aware that these special responsibilities have very real and visible manifestations. The imposition of a "cut-off" at the bar is understood, and expected, as part of the institutionalization of these responsibilities. Similarly, in many establishments, "bouncers" both enforce admission and assist other members of the staff who might have to deal with patrons who may have become intoxicated. These features have no equivalent in the non-commercial context. A party host has neither an institutionalized method of monitoring alcohol consumption and enforcing limits, nor a set of expectations that would permit him or her to easily do so.

22 Third, the contractual nature of the relationship between a tavern keeper serving alcohol and a patron consuming it is fundamentally different from the range of different social relationships that can characterize private parties in the non-commercial context. The appellants argue that there is "nothing inherently special" about profit making in the law of negligence. In the case of alcohol sales, however, it is clear that profit making is relevant. Unlike the host of a private party, commercial alcohol servers have an incentive not only to serve many drinks, but to serve too many. Over-consumption is more profitable than responsible consumption. The costs of over-consumption are borne by the drinker him or herself, taxpayers who collectively pay for the added strain on related public services and, sometimes tragically, third parties who may come into contact with intoxicated patrons on the roads. Yet the benefits of over-consumption go to the tavern keeper alone, who enjoys large profit margins from customers whose judgment becomes more impaired the more they consume. This perverse incentive supports the imposition of a duty to monitor alcohol consumption in the interests of the general public.

ce que, en plus de respecter les normes réglementaires, les personnes qui vendent de l'alcool au public prennent des mesures additionnelles pour réduire les risques associés à l'alcool. De plus, les clients savent que ces responsabilités particulières s'accompagnent de signes réels et visibles. L'imposition d'un « seuil » au bar est considérée, et attendue, comme découlant de l'institutionnalisation de ces responsabilités. De même, dans plusieurs établissements, des « videurs » s'occupent tant de contrôler l'admission que d'aider les autres membres du personnel pouvant être aux prises avec des clients en état d'ébriété. Ces caractéristiques n'ont pas leur équivalent dans le contexte non commercial. L'hôte d'une soirée ne peut compter sur une méthode institutionnalisée pour contrôler la consommation d'alcool et le respect des limites, ni sur un ensemble d'attentes lui permettant d'exercer facilement un tel contrôle.

Troisièmement, la nature contractuelle du lien qui existe entre le propriétaire d'un débit de boisson qui sert de l'alcool et un client qui en consomme est fondamentalement différente de la gamme des divers liens sociaux qui peuvent caractériser les soirées privées dans un contexte non commercial. Les appelants font valoir qu'en droit de la responsabilité pour négligence, il n'y a [TRADUCTION] « rien de foncièrement spécial » dans le fait de réaliser des profits. En ce qui concerne la vente d'alcool, cependant, il est évident que le fait de réaliser des profits est pertinent. Contrairement aux hôtes de soirées privées, les commerces qui servent de l'alcool ont intérêt non seulement à servir beaucoup de consommations, mais aussi à en servir trop. La consommation excessive est plus profitable que la consommation raisonnable. Les coûts liés à la consommation excessive sont supportés par le buveur lui-même, par les contribuables qui assument collectivement la pression additionnelle exercée sur les services publics concernés, et, de façon parfois tragique, par les tiers qui risquent de rencontrer des clients en état d'ébriété sur les routes. Mais la consommation excessive ne profite qu'au propriétaire de débit de boisson, qui tire des bénéfices importants de clients dont le jugement s'altère à mesure qu'ils consomment. Cet avantage inique justifie l'imposition d'une obligation de surveiller la consommation d'alcool dans l'intérêt du grand public.

The differences just discussed mean that the existence of a duty on the part of commercial providers of alcohol cannot be extended by simple analogy to the hosts of a private party. The duty proposed in this case is novel. We must therefore ask whether a duty of care is made out on the two-stage *Anns* test.

Les différences dont on vient de parler indiquent qu'on ne peut, par analogie seulement, étendre aux hôtes de soirées privées l'obligation des fournisseurs d'alcool commerciaux. L'obligation proposée en l'espèce est nouvelle. Nous devons donc nous demander si l'application du critère en deux étapes énoncé dans *Anns* permet d'établir l'existence d'une obligation de diligence. 23

3.3 *Stage One: A Prima Facie Duty?*

Applying the first stage of the *Anns* test requires, as noted above, an examination of the relationship between the parties to determine if it meets the requirement of sufficient proximity. The question is: What, if anything, links party hosts to third-party users of the highway?

3.3 *Première étape : une obligation prima facie?*

Comme nous l'avons vu, l'application du premier volet du critère énoncé dans *Anns* exige que l'on procède à un examen du lien entre les parties pour déterminer si celui-ci satisfait à la condition d'un rapport de proximité suffisant. La question est la suivante : quel est le lien, s'il en est, entre les hôtes de soirées privées et les tiers usagers de la route? 24

The law of negligence not only considers the plaintiff's loss, but explains why it is just and fair to impose the cost of that loss on the particular defendant before the court. The proximity requirement captures this two-sided face of negligence.

En matière de négligence, le droit s'attache non seulement à la perte subie par le demandeur, mais explique pourquoi il est juste et équitable de faire supporter le coût de cette perte par un défendeur donné devant le tribunal. L'exigence du lien de proximité englobe ces deux facettes du droit de la négligence. 25

I conclude that the necessary proximity has not been established and, consequently, that social hosts of parties where alcohol is served do not owe a duty of care to public users of highways. First, the injury to Ms. Childs was not reasonably foreseeable on the facts found by the trial judge. Second, even if foreseeability were established, no duty would arise because the wrong alleged is a failure to act or nonfeasance in circumstances where there was no positive duty to act.

Je conclus que le lien de proximité nécessaire n'a pas été établi et que, par conséquent, les hôtes sociaux de soirées où l'on sert de l'alcool n'ont aucune obligation de diligence envers les usagers de la route. D'abord, les faits constatés par le juge de première instance révèlent que les blessures causées à M^me^ Childs n'étaient pas raisonnablement prévisibles. Ensuite, même si la prévisibilité avait été établie, il n'y aurait aucune obligation parce que le tort allégué consiste en un défaut d'agir ou une inaction dans des circonstances où il n'y a aucune obligation positive d'agir. 26

3.3.1 Foreseeability

Ms. Childs argues that the parties are linked by the foreseeability of physical harm due to the manner in which the party hosts exercised "control or influence over" the party at which Mr. Desormeaux was drinking.

3.3.1 Prévisibilité

M^me^ Childs fait valoir que les parties sont liées par la prévisibilité des dommages corporels en raison de la manière dont les hôtes de la soirée ont exercé un [TRADUCTION] « contrôle ou une influence sur » la soirée où M. Desormeaux a bu. 27

28 The question of foreseeability is complicated by ambiguity in the findings of the trial judge. The trial judge found that Mr. Desormeaux would be showing "obvious signs of impairment" (para. 73), but did not find that the hosts in the circumstances knew, or ought to have known, that Mr. Desormeaux was too drunk to drive. The risks of impaired driving, and their consequences for motorists and their passengers, are well known. However, if there is no finding that the hosts *knew*, or ought to have known, that the guest who was about to drive was impaired, how can it be said that they should have foreseen that allowing him to drive might result in injury to other motorists?

La question de la prévisibilité se complique en raison de la présence d'ambiguïtés dans les conclusions du juge de première instance. Ce dernier a conclu que M. Desormeaux devait donner des [TRADUCTION] « signes évidents d'ébriété » (par. 73) mais n'a pas conclu que, dans les circonstances, les hôtes savaient, ou auraient dû savoir, que M. Desormeaux était trop ivre pour conduire. Les risques associés à la conduite en état d'ébriété et ses conséquences sur les automobilistes et leurs passagers sont bien connus. Cependant, en l'absence d'une conclusion portant que les hôtes *savaient*, ou auraient dû savoir, que l'invité qui s'apprêtait à conduire était en état d'ébriété, comment peut-on affirmer qu'ils auraient dû prévoir que le fait de le laisser prendre le volant pouvait causer des blessures à d'autres automobilistes?

29 Instead of finding that the hosts ought reasonably to have been aware that Mr. Desormeaux was too drunk to drive, the trial judge based his finding that the hosts should have foreseen injury to motorists on the road on problematic reasoning. He noted that the hosts knew that Mr. Desormeaux had gotten drunk in the past and then driven. He inferred from this that they should have foreseen that unless Mr. Desormeaux's drinking at the party was monitored, he would become drunk, get into his car and drive onto the highway. The problem with this reasoning is that a history of alcohol consumption and impaired driving does not make impaired driving, and the consequent risk to other motorists, reasonably foreseeable. The inferential chain from drinking and driving in the past to reasonable foreseeability that this will happen again is too weak to support the legal conclusion of reasonable foreseeability — even in the case of commercial hosts, liability has not been extended by such a frail hypothesis.

Au lieu de conclure que les hôtes auraient raisonnablement dû savoir que M. Desormeaux était trop ivre pour conduire, le juge de première instance a fondé sur un raisonnement problématique sa conclusion que les hôtes auraient dû prévoir le préjudice causé aux automobilistes circulant sur la route. Il a fait remarquer que les hôtes savaient que M. Desormeaux avait conduit en état d'ébriété par le passé. Il en a déduit qu'ils auraient dû prévoir qu'à moins de surveiller la consommation de M. Desormeaux pendant la soirée, ce dernier s'enivrerait, se mettrait au volant et prendrait la route. Le problème que pose ce raisonnement tient au fait que des antécédents de consommation d'alcool et de conduite en état d'ébriété ne rendent pas raisonnablement prévisibles la conduite en état d'ébriété et les risques qu'elle représente pour les autres automobilistes. La chaîne d'inférences allant de la conduite en état d'ébriété par le passé à la prévisibilité raisonnable que cela se reproduise est trop faible pour étayer une conclusion juridique de prévisibilité raisonnable — même dans le cas d'un hôte commercial, une hypothèse d'une telle fragilité n'a jamais servi à attribuer une responsabilité.

30 Ms. Childs points to the findings relating to the considerable amount of alcohol Mr. Desormeaux had consumed and his high blood-alcohol rating, coupled with the fact that Mr. Courrier

M[me] Childs attire l'attention sur les conclusions relatives à la grande quantité d'alcool que M. Desormeaux avait consommée et à l'alcoolémie élevée de celui-ci, ainsi que sur le fait que

accompanied Mr. Desormeaux to his car before he drove away, and asks us to make the finding of knowledge of inebriation that the trial judge failed to make. The problem here is the absence of any evidence that Mr. Desormeaux displayed signs of intoxication during this brief encounter. Given the absence of evidence that the hosts in this case in fact knew of Mr. Desormeaux's intoxication and the fact that the experienced trial judge himself declined to make such a finding, it would not be proper for us to change the factual basis of this case by supplementing the facts on this critical point. I conclude that the injury was not reasonably foreseeable on the facts established in this case.

M. Courrier l'a accompagné jusqu'à sa voiture avant qu'il quitte les lieux, et elle nous demande de tirer la conclusion de connaissance de l'état d'ébriété que le juge de première instance a omis de tirer. Le problème en l'espèce tient à l'absence de preuve établissant que M. Desormeaux a donné des signes d'ébriété durant cette brève rencontre. Vu l'absence de preuve établissant que les hôtes, en l'espèce, étaient effectivement conscients de l'état d'ébriété de M. Desormeaux, et le fait que l'éminent juge de première instance a lui-même refusé de tirer une telle conclusion, nous serions bien mal venus de modifier la base factuelle de la présente affaire en complétant les faits sur ce point central. J'estime que, selon les faits établis en l'espèce, les blessures n'étaient pas raisonnablement prévisibles.

3.3.2 Failure to Act: Nonfeasance Versus Misfeasance

Foreseeability is not the only hurdle Ms. Childs' argument for a duty of care must surmount. "Foreseeability does not of itself, and automatically, lead to the conclusion that there is a duty of care": G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at p. 320. Foreseeability without more *may* establish a duty of care. This is usually the case, for example, where an *overt act of the defendant* has *directly caused foreseeable physical harm* to the plaintiff: see *Cooper*. However, where the conduct alleged against the defendant is a *failure to act*, foreseeability alone may not establish a duty of care. In the absence of an overt act on the part of the defendant, the nature of the relationship must be examined to determine whether there is a nexus between the parties. Although there is no doubt that an omission may be negligent, as a general principle, the common law is a jealous guardian of individual autonomy. Duties to take positive action in the face of risk or danger are not free-standing. Generally, the mere fact that a person faces danger, or has become a danger to others, does not itself impose any kind of duty on those in a position to become involved.

3.3.2 Défaut d'agir : inaction ou action fautive

31 La prévisibilité ne constitue pas le seul obstacle que M^me^ Childs doit surmonter par son argument relatif à l'existence d'une obligation de diligence. [TRADUCTION] « La prévisibilité ne conduit pas automatiquement, en soi, à la conclusion qu'il existe une obligation de diligence » : G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2^e^ éd. 2002), p. 320. La prévisibilité à elle seule *peut* établir l'existence d'une obligation de diligence. C'est généralement le cas, par exemple, lorsqu'un *acte manifeste du défendeur* a *causé directement un préjudice corporel prévisible* au demandeur : voir *Cooper*. Mais lorsque la conduite que l'on reproche au défendeur consiste en un *défaut d'agir*, la prévisibilité à elle seule ne permet pas d'établir l'existence d'une telle obligation. En l'absence d'un acte manifeste de la part du défendeur, la nature du lien doit être examinée pour déterminer s'il existe un rapport entre les parties. Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'une omission peut emporter négligence, la common law, en règle générale, est une fervente protectrice de l'autonomie individuelle. L'obligation de prendre des mesures concrètes face à un risque ou à un danger n'est pas une obligation distincte. Généralement, le simple fait qu'une personne court un danger ou constitue un danger pour autrui n'impose pas en soi une quelconque obligation aux personnes susceptibles d'intervenir.

32 In this case, we are concerned not with an overt act of the social hosts, but with their alleged failure to act. The case put against them is that they should have interfered with the autonomy of Mr. Desormeaux by preventing him from drinking and driving. It follows that foreseeability alone would not establish a duty of care in this case.

33 The appellants' argument that Mr. Courrier and Ms. Zimmerman committed positive acts that created, or contributed to, the risk cannot be sustained. It is argued that they *facilitated* the consumption of alcohol by organizing a social event where alcohol was consumed on their premises. But this is not an act that creates risk to users of public roads. The real complaint is that having organized the party, the hosts permitted their guest to drink and then take the wheel of an automobile.

34 A positive duty of care may exist if foreseeability of harm is present *and* if other aspects of the relationship between the plaintiff and the defendant establish a special link or proximity. Three such situations have been identified by the courts. They function not as strict legal categories, but rather to elucidate factors that can lead to positive duties to act. These factors, or features of the relationship, bring parties who would otherwise be legal strangers into proximity and impose positive duties on defendants that would not otherwise exist.

35 The first situation where courts have imposed a positive duty to act is where a defendant intentionally attracts and invites third parties to an inherent and obvious risk that he or she has created or controls: *Hendricks v. The Queen*, [1970] S.C.R. 237; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186. For example, it has been held that a boat captain owes a duty to take reasonable care to rescue a passenger who falls overboard (*Horsley*) and that the operator of a dangerous inner-tube sliding competition owes

Il n'est pas question en l'espèce d'un acte manifeste des hôtes sociaux; on leur reproche plutôt un défaut d'agir. On affirme que les hôtes auraient dû empiéter sur l'autonomie de M. Desormeaux et l'empêcher de conduire en état d'ébriété. Il s'ensuit que la prévisibilité à elle seule ne saurait en l'espèce établir l'existence d'une obligation de diligence.

L'argument des appelants voulant que M. Courrier et M^me^ Zimmerman aient posé des gestes concrets ayant créé le risque ou contribué à celui-ci ne peut être retenu. On fait valoir qu'ils *ont facilité* la consommation d'alcool en organisant, chez eux, une soirée où de l'alcool était consommé. Mais il ne s'agit pas là d'un acte qui fait courir un risque aux usagers de la voie publique. On reproche en fait aux hôtes qui ont organisé la soirée d'avoir permis à leur invité de boire et de prendre ensuite le volant d'une automobile.

Il peut exister une obligation de diligence positive s'il est satisfait au critère de la prévisibilité du préjudice *et* si d'autres aspects du lien entre le demandeur et le défendeur établissent un rapport spécial ou la proximité requise. Les tribunaux ont décrit trois situations dans lesquelles ces conditions se rencontrent. Ces situations ne constituent pas des catégories juridiques strictes mais servent plutôt à cerner les facteurs pouvant donner naissance à des obligations positives d'agir. Ces facteurs, ou caractéristiques du lien, ont pour effet de créer la proximité entre des parties qui, autrement, seraient des étrangères au plan juridique, et d'imposer des obligations positives à des défendeurs qui, autrement, n'en seraient pas.

La première situation dans laquelle les tribunaux ont imposé une obligation positive d'agir est celle où le défendeur incite et invite intentionnellement des tiers à prendre un risque inhérent et évident qu'il a créé ou qu'il contrôle : *Hendricks c. La Reine*, [1970] R.C.S. 237; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186. On a jugé, par exemple, que le capitaine d'un bateau est tenu de prendre les mesures raisonnables pour secourir un passager tombé par-dessus bord (*Horsley*), et que

a duty to exclude people who cannot safely participate (*Crocker*). These cases turn on the defendant's causal relationship to the origin of the risk of injury faced by the plaintiff or on steps taken to invite others to subject themselves to a risk under the defendant's control. If the defendant creates a risky situation and invites others into it, failure to act thereafter does not immunize the defendant from the consequences of its acts. These cases are akin to the positive and *continuing* duty of manufacturers or transferors of goods to warn of inherently dangerous products or dangerous uses of safe products: *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634.

l'organisateur d'une compétition dangereuse de glissades dans des chambres à air a l'obligation d'exclure de la compétition les personnes qui ne peuvent y participer de façon sécuritaire (*Crocker*). Ces affaires reposent sur le lien de causalité qui existe entre le défendeur et l'origine du risque de blessures auquel le demandeur était exposé ou sur les mesures prises pour inviter d'autres personnes à s'exposer à un risque sur lequel le défendeur a un contrôle. Si le défendeur organise une activité risquée et invite d'autres personnes à y participer, le défaut ultérieur d'agir ne met pas le défendeur à l'abri des conséquences de ses actes. L'obligation imposée dans ces décisions s'apparente à l'obligation positive et *permanente* qu'ont les fabricants de produits ou les intermédiaires de dénoncer les produits intrinsèquement dangereux ou les usages dangereux de produits sécuritaires : *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634.

The second situation where a positive duty of care has been held to exist concerns paternalistic relationships of supervision and control, such as those of parent-child or teacher-student: *Dziwenka v. The Queen in right of Alberta*, [1972] S.C.R. 419; *Bain v. Board of Education (Calgary)* (1993), 146 A.R. 321 (Q.B.). The duty in these cases rests on the special vulnerability of the plaintiffs and the formal position of power of the defendants. The law recognizes that the autonomy of some persons may be permissibly violated or restricted, but, in turn, requires that those with power exercise it in light of special duties. In the words of Virtue J. in *Bain*, in the context of a teacher-student relationship, "[t]hat right of control carries with it a corresponding duty to take care for the safety of, and to properly supervise the student, whether he or she is a child, an adolescent or an adult" (para. 38).

36 La deuxième situation dans laquelle on a conclu à l'existence d'une obligation de diligence positive concerne les liens de type paternaliste comportant un degré de surveillance et de contrôle, comme le lien parent-enfant ou instituteur-élève : *Dziwenka c. La Reine du chef de l'Alberta*, [1972] R.C.S. 419; *Bain c. Board of Education (Calgary)* (1993), 146 A.R. 321 (B.R.). Dans ces affaires, l'obligation repose sur la vulnérabilité particulière des demandeurs et la situation de pouvoir formel dans laquelle se trouvent les défendeurs. Le droit reconnaît que l'autonomie de certaines personnes peut être légitimement violée ou restreinte, mais il exige que les personnes en situation de pouvoir l'exercent à la lumière d'obligations particulières. Pour reprendre les propos tenus par le juge Virtue dans *Bain*, dans le contexte d'un lien instituteur-élève, [TRADUCTION] « [c]e droit de contrôle est assorti de l'obligation correspondante de veiller à la sécurité de l'élève, et de le surveiller de manière satisfaisante, qu'il s'agisse d'un enfant, d'un adolescent ou d'un adulte » (par. 38).

The third situation where a duty of care may include the need to take positive steps concerns defendants who either exercise a public function or engage in a commercial enterprise that includes

37 La troisième situation dans laquelle une obligation de diligence peut entraîner la nécessité de prendre des mesures concrètes concerne les défendeurs qui exercent des fonctions publiques ou qui

implied responsibilities to the public at large: *Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 S.C.R. 310; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 39 O.R. (3d) 487 (Gen. Div.). In these cases, the defendants offer a service to the general public that includes attendant responsibilities to act with special care to reduce risk. Where a defendant assumes a public role, or benefits from offering a service to the public at large, special duties arise. The duty of a commercial host who serves alcohol to guests to act to prevent foreseeable harm to third-party users of the highway falls into this category: *Stewart v. Pettie.*

se livrent à des activités commerciales comportant des responsabilités implicites envers le grand public : *Dunn c. Dominion Atlantic Railway Co.* (1920), 60 R.C.S. 310; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police* (1998), 39 O.R. (3d) 487 (Div. gén.). Dans ces affaires, les défendeurs fournissent au grand public un service qui s'accompagne de responsabilités connexes les obligeant à faire preuve d'une diligence particulière en vue de réduire les risques. Lorsqu'un défendeur exerce des fonctions publiques, ou tire profit de la fourniture d'un service au grand public, il est tenu à des obligations particulières. L'obligation qu'a l'hôte commercial qui sert de l'alcool d'agir de manière à prévenir un préjudice prévisible aux tiers usagers de la route tombe dans cette catégorie : *Stewart c. Pettie.*

38 Running through all of these situations is the defendant's material implication in the creation of risk or his or her control of a risk to which others have been invited. The operator of a dangerous sporting competition creates or enhances the risk by inviting and enabling people to participate in an inherently risky activity. It follows that the operator must take special steps to protect against the risk materializing. In the example of the parent or teacher who has assumed control of a vulnerable person, the vulnerability of the person and its subjection to the control of the defendant creates a situation where the latter has an enhanced responsibility to safeguard against risk. The public provider of services undertakes a public service, and must do so in a way that appropriately minimizes associated risks to the public.

Toutes ces situations ont en commun la participation réelle du défendeur à la création du risque ou l'exercice par celui-ci d'un contrôle sur un risque que d'autres personnes ont été invitées à courir. L'organisateur d'une compétition sportive dangereuse crée ou accroît le risque en invitant les gens à participer à une activité comportant un risque intrinsèque et en leur permettant d'y participer. Il s'ensuit que l'organisateur doit prendre des mesures particulières pour protéger les gens contre la possibilité que le risque se réalise. Dans le cas du parent ou de l'instituteur qui a accepté d'exercer un contrôle sur une personne vulnérable, la vulnérabilité de la personne et son assujettissement au contrôle du défendeur engendre une situation où ce dernier assume une responsabilité accrue l'obligeant à offrir une protection contre le risque. Le fournisseur public de services s'engage à servir le public et doit le faire de manière à réduire au minimum les risques encourus par le public.

39 Also running through the examples is a concern for the autonomy of the persons affected by the positive action proposed. The law does not impose a duty to eliminate risk. It accepts that competent people have the right to engage in risky activities. Conversely, it permits third parties witnessing risk to decide not to become rescuers or otherwise intervene. It is only when these third parties

Ces exemples ont également en commun un souci du respect de l'autonomie des personnes touchées par la mesure concrète proposée. Le droit n'impose pas une obligation d'écarter le risque. Il reconnaît aux personnes capables le droit de se livrer à des activités risquées. Réciproquement, il permet aux tiers qui sont témoins d'une activité risquée de décider de ne pas secourir une personne en danger ou

have a special relationship to the person in danger or a material role in the creation or management of the risk that the law may impinge on autonomy. Thus, the operator of a risky sporting activity may be required to prevent a person who is unfit to perform a sport safely from participating or, when a risk materializes, to attempt a rescue. Similarly, the publican may be required to refuse to serve an inebriated patron who may drive, or a teacher be required to take positive action to protect a child who lacks the right or power to make decisions for itself. The autonomy of risk takers or putative rescuers is not absolutely protected, but, at common law, it is always respected.

de ne pas intervenir. Ce n'est que lorsque ces tiers ont un lien spécial avec cette personne ou jouent un rôle réel dans la création ou la gestion du risque que le droit peut empiéter sur l'autonomie. Ainsi, l'organisateur d'une activité sportive risquée peut être tenu d'empêcher une personne qui n'est pas prête à pratiquer un sport de façon sécuritaire d'y participer ou, lorsqu'un risque se réalise, à tenter un sauvetage. De même, le cabaretier peut être tenu de refuser de servir un client en état d'ébriété qui est susceptible de conduire un véhicule, ou un instituteur peut devoir prendre des mesures concrètes pour protéger un enfant qui n'a pas le droit ou le pouvoir de prendre ses propres décisions. L'autonomie des personnes qui prennent des risques ou des sauveteurs putatifs ne jouit pas d'une protection absolue, mais en common law, elle est toujours respectée.

Finally, the theme of reasonable reliance unites examples in all three categories. A person who creates or invites others into a dangerous situation, like the high-risk sports operator, may reasonably expect that those taking up the invitation will rely on the operator to ensure that the risk is a reasonable one or to take appropriate rescue action if the risk materializes. Similarly, a teacher will understand that the child or the child's parents rely on the teacher to avoid and minimize risk. Finally, there is a reasonable expectation on the part of the public that a person providing public services, often under licence, will take reasonable precautions to reduce the risk of the activity, not merely to immediate clients, but to the general public.

40 Enfin, le thème de la confiance raisonnable rejoint les exemples qui illustrent ces trois catégories. Une personne qui crée une situation dangereuse ou qui invite d'autres personnes à participer à une activité dans une telle situation, comme l'organisateur de sports à haut risque, peut raisonnablement s'attendre à ce que les personnes qui acceptent son invitation se fient à elle pour faire en sorte que le risque soit raisonnable ou pour prendre les mesures de sauvetage appropriées si le risque se réalise. De même, l'instituteur comprendra que l'enfant ou les parents de celui-ci se fient à lui pour écarter le risque et le réduire au minimum. Enfin, le public s'attend raisonnablement à ce que la personne qui fournit des services publics, souvent en vertu d'un permis, prendra des précautions raisonnables pour réduire les risques associés à l'activité, non seulement pour ses clients immédiats, mais aussi pour le grand public.

Does the situation of the social host who serves alcohol to guests fall within the three categories just discussed or represent an appropriate extension of them having regard to the factors of risk-control and reasonable preservation of autonomy that animate them? I conclude that it does not.

41 Compte tenu des facteurs de contrôle des risques et de protection raisonnable de l'autonomie qui les caractérisent, est-ce que la situation des hôtes sociaux qui servent de l'alcool à des invités tombe dans les trois catégories dont on vient de parler, ou est-ce qu'elle constitue un élargissement approprié de ces catégories? Je conclus que non.

The first category concerns defendants who have created or invited others to participate in highly

42 La première catégorie concerne les défendeurs qui ont organisé des activités à haut risque ou qui

risky activities. Holding a house party where alcohol is served is not such an activity. Risks may ensue, to be sure, from what guests choose to do or not do at the party. But hosting a party is a far cry from inviting participation in a high-risk sport or taking people out on a boating party. A party where alcohol is served is a common occurrence, not one associated with unusual risks demanding special precautions. The second category of paternalistic relationships of supervision or control is equally inapplicable. Party hosts do not enjoy a paternalistic relationship with their guests, nor are their guests in a position of reduced autonomy that invites control. Finally, private social hosts are not acting in a public capacity and, hence, do not incur duties of a public nature.

ont invité d'autres personnes à y participer. Donner à son domicile une soirée où l'on sert de l'alcool ne constitue pas une telle activité. Des risques peuvent certes résulter de ce que les invités décident de faire ou de ne pas faire à la soirée. Mais le fait d'être l'hôte d'une soirée est très différent de celui d'inviter des gens à participer à un sport à haut risque ou de les amener faire la fête sur un bateau. Les soirées où l'on sert de l'alcool sont chose commune, et ne s'accompagnent pas de risques inhabituels commandant des précautions particulières. La deuxième catégorie de liens de type paternaliste comportant un degré de surveillance ou de contrôle ne s'applique pas non plus. Les hôtes d'une soirée n'ont aucun lien paternaliste avec leurs invités, pas plus que ces derniers ne se trouvent dans une situation d'autonomie limitée qui demande l'exercice d'un contrôle. Enfin, les hôtes de soirées privées n'agissent pas à titre public et il ne leur incombe donc aucune responsabilité de nature publique.

43 More broadly, do the themes that animate the cases imposing positive duties to act — risk enhancement and control, autonomy and reasonable reliance — suggest that the social hosts in this case owed a duty of care to third-party users of the highway, to take reasonable steps to prevent what happened? Again, the answer is that they do not.

De manière plus générale, est-ce que les thèmes qui sous-tendent les affaires où une obligation positive d'agir a été imposée — augmentation du risque et contrôle, autonomie et confiance raisonnable — indiquent qu'en l'espèce, les hôtes sociaux avaient une obligation de diligence envers les tiers usagers de la route et qu'ils devaient prendre des mesures raisonnables pour empêcher ce qui s'est produit? Encore une fois, la réponse est non.

44 Holding a private party at which alcohol is served — the bare facts of this case — is insufficient to implicate the host in the creation of a risk sufficient to give rise to a duty of care to third parties who may be subsequently injured by the conduct of a guest. The host creates a place where people can meet, visit and imbibe alcohol, whether served on the premises or supplied by the guest. All this falls within accepted parameters of non-dangerous conduct. More is required to establish a danger or risk that requires positive action. It might be argued that a host who continues to serve alcohol to a visibly inebriated person knowing that he or she will be driving home has become implicated in the creation or enhancement of a risk sufficient to give rise to a *prima facie* duty of care to third parties, which would be subject to contrary policy

Le fait de donner une soirée où l'on sert de l'alcool — ce qui est essentiellement le cas en l'espèce — ne suffit pas à établir que l'hôte a participé à la création d'un risque pouvant donner naissance à une obligation de diligence envers les tiers qui pourraient ensuite être blessés par le geste d'un invité. L'hôte fournit un endroit où les gens peuvent se rencontrer, se rendre visite et prendre de l'alcool, offert sur place ou apporté par l'invité. Tout cela s'inscrit dans les paramètres reconnus d'une conduite non dangereuse. Il faut plus d'éléments pour établir l'existence d'un danger ou d'un risque commandant une mesure concrète. On pourrait prétendre que l'hôte qui continue de servir de l'alcool à une personne visiblement ivre en sachant qu'elle prendra le volant pour rentrer chez elle participe à la création ou à l'accroissement d'un risque pouvant donner

considerations at the second stage of the *Anns* test. This position has been taken in some states in the U.S.A.: N.J. Stat. Ann. §§ 2A:15-5.5 to 2A:15-5.8 (West 2000). We need not decide that question here. Suffice it to say that hosting a party where alcohol is served, without more, does not suggest the creation or exacerbation of risk of the level required to impose a duty of care on the host to members of the public who may be affected by a guest's conduct.

naissance à une obligation de diligence *prima facie* envers les tiers, laquelle serait subordonnée à des considérations de politique générale contraires à la deuxième étape du critère énoncé dans *Anns*. Aux États-Unis, certains États ont adopté cette position : N.J. Stat. Ann. §§ 2A:15-5.5 à 2A:15-5.8 (West 2000). Nous n'avons pas à trancher cette question en l'espèce. Qu'il suffise de dire que le fait de donner, sans plus, une soirée où l'on sert de l'alcool ne permet pas de conclure à la création ou à l'aggravation d'un risque au degré nécessaire pour imposer à l'hôte une obligation de diligence envers les membres du public qui risquent d'être touchés par la conduite d'un invité.

Nor does the autonomy of the individual support the case for a duty to take action to protect highway users in the case at bar. As discussed, the implication of a duty of care depends on the relationships involved. The relationship between social host and guest at a house party is part of this equation. A person who accepts an invitation to attend a private party does not park his autonomy at the door. The guest remains responsible for his or her conduct. Short of active implication in the creation or enhancement of the risk, a host is entitled to respect the autonomy of a guest. The consumption of alcohol, and the assumption of the risks of impaired judgment, is in almost all cases a personal choice and an inherently personal activity. Absent the special considerations that may apply in the commercial context, when such a choice is made by an adult, there is no reason why others should be made to bear its costs. The conduct of a hostess who confiscated all guests' car keys and froze them in ice as people arrived at her party, releasing them only as she deemed appropriate, was cited to us as exemplary. This hostess was evidently prepared to make considerable incursions on the autonomy of her guests. The law of tort, however, has not yet gone so far.

45 Le principe de l'autonomie individuelle n'étaye pas non plus l'argument en faveur de l'existence, en l'espèce, d'une obligation de prendre des mesures pour protéger les usagers de la route. Comme nous l'avons vu, la présence d'une obligation de diligence dépend du lien en cause. Le lien entre l'hôte social et l'invité à une soirée dans une résidence privée fait partie de l'équation. La personne qui accepte une invitation à une soirée privée ne laisse pas son autonomie à la porte. L'invité demeure responsable de ses actes. À moins qu'il n'ait participé activement à la création ou à l'accroissement du risque, l'hôte est en droit de respecter l'autonomie de l'invité. La consommation d'alcool, et l'acceptation des risques liés à un jugement affaibli, constitue dans presque tous les cas un choix personnel et une activité intrinsèquement personnelle. En l'absence des considérations particulières susceptibles de s'appliquer dans le contexte commercial, il n'y a aucune raison, lorsqu'un adulte fait un tel choix, d'en faire porter le fardeau par les autres. On a cité le cas exemplaire d'une hôtesse qui a confisqué et congelé dans la glace les clés de voiture de tous les invités à leur arrivée pour ne les rendre que lorsqu'elle le jugeait opportun. Cette hôtesse était manifestement disposée à restreindre considérablement l'autonomie de ses invités. Mais le droit de la responsabilité délictuelle ne va pas encore aussi loin.

This brings us to the factor of reasonable reliance. There is no evidence that anyone relied on the hosts in this case to monitor guests' intake of

46 Ce qui nous amène au facteur de la confiance raisonnable. Nous ne disposons d'aucun élément de preuve établissant qu'en l'espèce, les invités se

alcohol or prevent intoxicated guests from driving. This represents an important distinction between the situation of a private host, as here, and a public host. The public host provides alcohol to members of the public, under a strict regulatory regime. It is reasonable to expect that the public provider will act to protect the public interest. There is public reliance that he will comply with the rules that prohibit serving too much alcohol to a patron and that if this should occur and the patron seeks to drive, that the public host will take reasonable steps to prevent the person from driving. The same cannot be said of the private social host, who neither undertakes nor is expected to monitor the conduct of guests on behalf of the public.

47 I conclude that hosting a party at which alcohol is served does not, without more, establish the degree of proximity required to give rise to a duty of care on the hosts to third-party highway users who may be injured by an intoxicated guest. The injury here was not shown to be foreseeable on the facts as found by the trial judge. Even if it had been, this is at best a case of nonfeasance. No duty to monitor guests' drinking or to prevent them from driving can be imposed having regard to the relevant cases and legal principles. A social host at a party where alcohol is served is not under a duty of care to members of the public who may be injured by a guest's actions, unless the host's conduct implicates him or her in the creation or exacerbation of the risk. On the facts of this case, I agree with the Court of Appeal, at para. 75, *per* Weiler J.A.:

> The person sought to be held liable must be implicated in the creation of the risk. . . . The social hosts had no statutory duty to monitor the consumption of alcohol or to control the structure of the atmosphere in which alcohol was served. There is no evidence that anyone relied on them to do so. . . . I cannot accept the proposition that by merely supplying the venue of a BYOB party, a host assumes legal responsibility to third party

fiaient aux hôtes pour surveiller leur consommation d'alcool ou pour empêcher les invités ivres de conduire un véhicule. Il s'agit là d'une différence importante entre la situation de l'hôte privé, comme celle qui nous occupe, et la situation de l'hôte public. Ce dernier sert de l'alcool aux membres du public dans le cadre d'un régime de réglementation strict. Il est raisonnable de s'attendre à ce que le fournisseur public agisse de manière à protéger l'intérêt public. Le public se fie à lui pour respecter les règles qui interdisent de servir trop d'alcool à un client, et si cela se produit et que le client cherche à conduire un véhicule, pour prendre des mesures raisonnables en vue de l'empêcher de conduire. On ne peut en dire autant de l'hôte d'une soirée privée, de qui on ne s'attend pas qu'il surveille la conduite des ses invités pour le compte du public et qui ne s'engage pas à le faire.

Je conclus que le fait de donner, sans plus, une soirée où l'on sert de l'alcool ne permet pas d'établir le degré de proximité nécessaire pour imposer aux hôtes une obligation de diligence envers les tiers usagers de la route qui risquent d'être blessés par un invité en état d'ébriété. En l'espèce, les faits constatés par le juge de première instance n'établissaient pas que les blessures étaient prévisibles. Et même si cela avait été établi, il s'agit tout au plus d'un cas d'inaction. Compte tenu de la jurisprudence et des principes juridiques pertinents, aucune obligation de surveiller la consommation d'alcool des invités ou de les empêcher de conduire ne peut être imposée. À moins que sa conduite ne révèle une participation à la création ou à l'aggravation du risque, l'hôte social d'une soirée où l'on sert de l'alcool n'a aucune obligation de diligence envers les membres du public qui peuvent être blessés par les actes d'un de ses invités. Compte tenu des faits de la présente affaire, je souscris aux propos suivants de la juge Weiler de la Cour d'appel, au par. 75 :

> [TRADUCTION] La personne que l'on cherche à tenir responsable doit avoir participé à la création du risque. [. . .] Les hôtes sociaux n'avaient pas l'obligation légale de surveiller la consommation d'alcool ou de contrôler l'ambiance dans laquelle l'alcool était servi. Aucun élément de preuve n'indique que quelqu'un s'attendait à ce qu'ils le fassent. [. . .] Je ne puis accepter la thèse voulant qu'en fournissant simplement le lieu d'une soirée

users of the road for monitoring the alcohol consumed by guests, . . . It would not be just and fair in the circumstances to impose a duty of care.

Having concluded that a *prima facie* duty of care has not been established, I find it unnecessary to consider whether any duty would be negated by policy considerations at the second stage of the *Anns* test.

4. Conclusion

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Laushway Law Office, Prescott.

Solicitors for the respondents Julie Zimmerman and Dwight Courrier: Williams McEnery, Ottawa.

Solicitors for the intervener Mothers Against Drunk Driving (MADD Canada): Lerners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto.

où chacun apporte sa boisson, un hôte assume envers les tiers usagers de la route une responsabilité légale de surveiller la consommation d'alcool de ses invités [. . .] Il ne serait pas juste et équitable, dans les circonstances, d'imposer une obligation de diligence.

48 Après avoir conclu que l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* n'a pas été établie, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si une obligation serait écartée par des considérations de politique générale à la deuxième étape du critère énoncé dans *Anns*.

4. Conclusion

49 Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Laushway Law Office, Prescott.

Procureurs des intimés Julie Zimmerman et Dwight Courrier : Williams McEnery, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Les mères contre l'alcool au volant (MADD Canada) : Lerners, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, Toronto.

Concordia University *Appellant*

v.

Richard Bisaillon *Respondent*

and

Régie des rentes du Québec *Respondent*

and

Concordia University Faculty Association (CUFA), John Hall and Howard Fink *Respondents*

- and -

Concordia University Faculty Association (CUFA) *Appellant*

v.

Richard Bisaillon *Respondent*

and

Régie des rentes du Québec *Respondent*

and

Concordia University, John Hall and Howard Fink *Respondents*

INDEXED AS: BISAILLON *v.* CONCORDIA UNIVERSITY

Neutral citation: 2006 SCC 19.

File No.: 30363.

2005: December 14; 2006: May 18.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Université Concordia *Appelante*

c.

Richard Bisaillon *Intimé*

et

Régie des rentes du Québec *Intimée*

et

Association des professeurs de l'Université Concordia (APUC), John Hall et Howard Fink *Intimés*

- et -

Association des professeurs de l'Université Concordia (APUC) *Appelante*

c.

Richard Bisaillon *Intimé*

et

Régie des rentes du Québec *Intimée*

et

Université Concordia, John Hall et Howard Fink *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BISAILLON *c.* UNIVERSITÉ CONCORDIA

Référence neutre : 2006 CSC 19.

N° du greffe : 30363.

2005 : 14 décembre; 2006 : 18 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Labour relations — Collective agreements — Pension plan — Jurisdiction of grievance arbitrator — Collective agreements referring expressly to pension plan established by university — Motion for authorization to institute class action filed in Superior Court by unionized employee disagreeing with decisions made by university respecting administration and use of pension fund — Majority of members of class action group covered by one of collective agreements between university and unions — Whether this dispute relating to pension plan within jurisdiction of Superior Court or of grievance arbitrator.

In 1977, the appellant university established a pension plan for its employees. The vast majority of the plan's members are unionized employees covered by one of the nine collective agreements between the university and its nine certified unions. The respondent B, a unionized employee of the university, applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against the university in order to contest a number of decisions made with respect to the administration and use of the pension fund. Before the application was filed, one union that had, following negotiations with the university, agreed to the measures now contested by B, tried to have the motion dismissed, submitting that the Superior Court lacked jurisdiction. The other eight unions supported and financed B's attempt to institute a class action. The Superior Court allowed the declinatory exception. It found that only a grievance arbitrator would have jurisdiction to hear the case, since the pension plan was a benefit provided for in the collective agreement and since the dispute therefore resulted from the application of that agreement. The Court of Appeal set aside that decision. It considered, on the one hand, that the instant case had nothing to do with the collective agreement that applied to B, since the pension plan existed independently of any collective agreement, and, on the other hand, that a grievance arbitrator would not have the necessary jurisdiction to hear all the claims raised in the class action, that is, that his or her jurisdiction would not extend to the claims of the employees covered by the other eight collective agreements or those of the non-unionized employees.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The decision of the Superior Court should be restored.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The Superior Court was correct in allowing the declinatory exception to dismiss for lack of jurisdiction. The class action procedure cannot have the effect of conferring

Relations de travail — Conventions collectives — Régime de retraite — Compétence de l'arbitre de griefs — Conventions collectives renvoyant expressément au régime de retraite créé par l'université — Requête en autorisation de recours collectif déposée en Cour supérieure par un salarié syndiqué en désaccord avec les décisions de l'université concernant l'administration et l'utilisation de la caisse de retraite — Majorité des membres visés par le recours collectif liée par l'une ou l'autre des conventions collectives conclues entre l'université et les syndicats — Ce litige relatif au régime de retraite relève-t-il de la compétence de la Cour supérieure ou de celle de l'arbitre de griefs?

En 1977, l'université appelante crée un régime de retraite au bénéfice de ses employés. La grande majorité des participants au régime est syndiquée et se trouve liée par l'une ou l'autre des neuf conventions collectives conclues entre l'université et les neuf syndicats accrédités au sein de l'institution. L'intimé B, un salarié syndiqué de l'université, demande à la Cour supérieure l'autorisation d'exercer un recours collectif contre l'université pour contester un certain nombre de décisions concernant l'administration et l'utilisation de la caisse de retraite. Avant le dépôt de cette demande, un syndicat qui avait accepté, à la suite de négociations avec l'université, les mesures que conteste maintenant B, tente de faire rejeter la requête en plaidant le défaut de compétence de la Cour supérieure. Les huit autres syndicats appuient et financent la tentative de recours collectif de B. La Cour supérieure accueille le moyen déclinatoire. Elle conclut que seul un arbitre de griefs a compétence pour entendre le litige étant donné que le régime de retraite constitue un avantage prévu par la convention collective et que le litige résulte donc de l'application de celle-ci. La Cour d'appel infirme cette décision. Elle estime, d'une part, que l'objet du présent litige n'a rien à voir avec la convention collective à laquelle est lié B, étant donné que le régime de retraite existe indépendamment de toute convention collective, et d'autre part, qu'un arbitre de griefs ne possède pas la compétence requise pour entendre l'ensemble des réclamations visées par le recours collectif, soit les réclamations des salariés liés par les huit autres conventions collectives et celles du personnel non syndiqué.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour supérieure est rétablie.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron : La Cour supérieure a eu raison d'accueillir le moyen déclinatoire en irrecevabilité pour défaut de compétence. La procédure de recours collectif ne saurait avoir pour

jurisdiction on the Superior Court over a group of cases that would otherwise fall within the subject-matter jurisdiction of another court or tribunal. Except as provided for by law, this procedure does not alter the jurisdiction of courts and tribunals. Nor does it create new substantive rights. In the circumstances of the instant case, B's class action is incompatible with the exclusive jurisdiction of grievance arbitrators and the representative function of certified unions. The situation is certainly complex, but it does not justify disregarding the fundamental rules governing the law of collective labour relations. [2] [22] [45]

In the case at bar, B should have used the grievance procedure provided for in his collective agreement to resolve the dispute with his employer regarding the pension plan. For all the unionized members of the group covered by the class action, the disputes fall within the exclusive jurisdiction of grievance arbitrators appointed under the applicable collective agreements, as each arbitrator's *in personam* jurisdiction is limited to grievances of employees covered by the collective agreement in question. With regard to the subject-matter aspect of the dispute, each of the collective agreements in force at the time the motion was filed refers expressly to the pension plan. In the relevant provisions, the university made a commitment to the unions to offer the pension plan to the employees covered by the agreements in accordance with the conditions of the plan. The unions thus obtained certain assurances with respect to the maintenance of the plan and the eligibility of the employees they represented. In short, the parties decided to incorporate the conditions for applying the pension plan into the collective agreement. In this context, the employer appeared to retain effective control over the administration of the pension plan while committing itself, at least implicitly, to respect and fulfil various rights and obligations provided for in the plan or arising out of the legislation applicable to it. In so doing, it also recognized the *in personam* and subject-matter jurisdiction of the grievance arbitrator. This is not a case that would justify the Superior Court in exercising its exceptional residual jurisdiction. [47-55]

To ascribe the status of representative to B by granting his motion for authorization to institute a class action would be incompatible with the legal mandates of representation accorded by the *Labour Code* to the nine certified unions representing the university's employees. The pension plan, having been negotiated and incorporated into the collective agreement, became a condition of employment in respect of which B lost his right to act on an individual basis. B accordingly does not have the power to apply to the ordinary courts

effet de conférer à la Cour supérieure compétence sur un ensemble de litiges qui, autrement, relèveraient de la compétence *ratione materiae* d'un autre tribunal. Sauf dans la mesure prévue par la loi, cette procédure ne modifie pas la compétence des tribunaux. Elle ne crée pas non plus de nouveaux droits substantiels. Dans les circonstances de la présente affaire, le recours collectif de B est incompatible avec la compétence exclusive de l'arbitre de griefs et avec la fonction représentative des syndicats accrédités. La situation est certes complexe, mais elle ne justifie pas d'écarter les règles de fonctionnement fondamentales du droit des rapports collectifs du travail. [2] [22] [45]

En l'espèce, B aurait dû utiliser la procédure de grief prévue dans sa convention collective pour régler le différend avec son employeur au sujet du régime de retraite. Pour tous les membres syndiqués du groupe visé par le recours collectif, ce sont les arbitres de griefs nommés en vertu des conventions collectives applicables qui ont compétence exclusive sur les litiges, la compétence personnelle de chaque arbitre étant limitée aux griefs présentés par les salariés visés par la convention collective en cause. Quant à l'aspect matériel du litige, chacune des conventions collectives en vigueur au moment de la requête renvoie expressément au régime de retraite. En vertu de ces dispositions, l'université s'est engagée auprès des syndicats à offrir aux salariés visés le régime de retraite selon les conditions de celui-ci. Les syndicats ont ainsi obtenu certaines assurances quant au maintien du régime et à l'admissibilité des salariés qu'ils représentent. En somme, les parties ont décidé d'inclure les conditions d'application du régime de retraite dans la convention collective. Dans ce contexte, l'employeur semblait conserver le contrôle effectif de l'administration du régime de retraite, tout en s'engageant, au moins implicitement, à respecter divers droits et obligations prévus par ce régime ou découlant des lois qui s'y appliquent. De ce fait, il reconnaissait aussi la compétence personnelle et matérielle de l'arbitre de griefs. Il ne s'agit pas d'un cas justifiant l'exercice par la Cour supérieure d'une compétence résiduelle exceptionnelle. [47-55]

Par ailleurs, le fait d'attribuer le statut de représentant à B, s'il était fait droit à sa requête en autorisation de recours collectif, serait incompatible avec les mandats légaux de représentation que le *Code du travail* accorde aux neuf syndicats accrédités représentant les salariés de l'université. Ayant été négocié et incorporé à la convention collective, le régime de retraite est devenu une condition de travail sur laquelle B a perdu son droit d'agir sur une base individuelle. B est donc privé du pouvoir de réclamer l'application de ce

to demand the application of provisions of this plan. [56]

The solution in the instant case is not free of procedural difficulties, particularly because of the multiplicity of possible proceedings and of potential conflicts between separate arbitration awards in respect of the different bargaining units. However, confirming the jurisdiction of grievance arbitrators would not automatically lead to multiple arbitration proceedings. Civil procedure includes a number of ways to resolve the problems caused by multiple proceedings. There is nothing from which to infer that arbitration could give rise to abuses of right through which the various unions would profit excessively from the procedure available to them. [58-61]

Finally, the question whether a class action limited to non-unionized employees lies was not before this Court. The Court accordingly refrains from ruling on this subject. [63]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): A labour arbitrator enjoys exclusive jurisdiction over matters whose essential character arises out of the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement, but his or her exclusive jurisdiction does not extend beyond that point. Since, in the instant case, the pension plan transcends any single collective agreement, the only forum with jurisdiction to hear this claim is the Superior Court. [67] [75] [99]

The fund associated with the pension plan is a single entity. It constitutes one patrimony in which employees covered by nine different collective agreements and hundreds of different employment contracts are entitled to share. Because of the multiplicity of collective agreements, the issues involved in B's claim are independent of the collective agreement and relate directly to the indivisible fund. They are not products of bilateral labour negotiations that resulted in the collective agreement, nor could they be, given that employees with different collective agreements and employment contracts all share in them equally. Consequently, the presence of a single fund, in contrast with the multiple collective agreements and employment contracts that were concluded well after it was created, helps establish that the essential character of B's claim arises out of the plan. Because the fund is indivisible, and because more than one collective agreement seeks to regulate access to the pre-existing fund, no single collective agreement could purport to alter or affect the fund itself. To allow one to do so would be to let the parties to that collective

régime en s'adressant aux tribunaux de droit commun. [56]

La solution en l'espèce n'est pas exempte de toute difficulté procédurale, notamment en raison de la multiplicité des recours possibles et des conflits potentiels entre des sentences arbitrales distinctes dans chaque unité de négociation. Cependant, la confirmation de la compétence des arbitres de griefs n'entraînerait pas automatiquement une multitude de recours arbitraux. La procédure civile offre différents moyens de résoudre les problèmes causés par la multiplicité des recours. Rien ne porte à croire que la procédure arbitrale pourrait donner lieu à des abus de droit de la part des différents syndicats concernés qui utiliseraient de façon excessive la procédure à leur disposition. [58-61]

Enfin, la question de la recevabilité d'un recours collectif limité au personnel non syndiqué n'a pas été soulevée devant notre Cour. La Cour s'abstient donc de se prononcer à ce sujet. [63]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Binnie (dissidents) : L'arbitre de griefs a compétence exclusive sur les litiges qui, dans leur essence, relèvent de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective, mais là s'arrête cette compétence. Étant donné qu'en l'espèce le régime de retraite transcende chacune des conventions collectives, le seul tribunal compétent pour entendre la demande faisant l'objet du présent pourvoi est la Cour supérieure. [67] [75] [99]

La caisse de retraite constituée pour le régime de retraite est une entité en soi. Il s'agit d'un patrimoine dont ont le droit de profiter les employés visés par neuf conventions collectives et des centaines de contrats de travail. En raison de la multiplicité des conventions collectives, les questions que soulève la demande de B existent indépendamment de la convention collective et sont directement liées à la caisse de retraite indivisible. Elles ne découlent pas, ni ne pourraient découler, des négociations bilatérales qui ont conduit à la signature de la convention collective, étant donné qu'elles intéressent au même titre des employés visés par de multiples contrats de travail et conventions collectives. En conséquence, la présence d'une seule caisse de retraite, comparativement à la présence de multiples conventions collectives et contrats d'emploi conclus bien après sa création, permet de conclure que, dans son essence, la demande de B découle du régime de retraite. Du fait que la caisse de retraite est indivisible et que plusieurs conventions collectives visent à régir l'accès à la caisse de retraite préexistante, aucune convention collective

agreement dictate the content of the fund for all other beneficiaries. [77-80]

The risk of contradictory rulings is inevitable, both in theory and in practice, if the essential character of the dispute is said to arise out of the collective agreement linking B to the university. This is so because the same issue must also be said to arise, in its essential character, out of each of the other collective agreements and employment contracts linking fund beneficiaries to the university. The result is that the same claim, shared by all fund beneficiaries but capable of being resolved in only one way, may be decided differently by different arbitrators, each of whom is acting within his or her own jurisdiction. There is no way of reconciling contradictory orders like this. Bringing B's claim before the superior court is the only way to avoid a multiplicity of proceedings and contradictory results. In the end, it is also the only principled and practical way for B's claim to be resolved. [91-93] [96]

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Nadon v. Anjou (Ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823; *Comité d'environnement de La Baie inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée v. Lapointe*, [1980] C.A. 568; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46; *Malhab v. Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011; *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Carrier v. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2000] Q.J. No. 3048 (QL); *Hamer v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] Q.J. No. 1600 (QL); *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, [2006] 1 S.C.R. 27, 2006 SCC 2; *Hémond v. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 S.C.R. 962; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*,

ne saurait à elle seule prétendre y apporter des modifications ou y porter atteinte. Permettre cela reviendrait à laisser les parties à cette convention collective déterminer pour tous les autres bénéficiaires le contenu de la caisse de retraite. [77-80]

Le risque de décisions contradictoires est inévitable à la fois en théorie et en pratique si on considère que l'essence du litige découle de la convention collective liant B à l'université. Il en est ainsi parce qu'il faut également reconnaître que la même question découle, dans son essence, de chacun des autres contrats de travail et conventions collectives liant les bénéficiaires de la caisse de retraite à l'université. Il s'ensuit que la même demande — qui intéresse tous les bénéficiaires de la caisse de retraite mais ne peut être résolue que d'une façon — pourrait être tranchée différemment par plusieurs arbitres agissant chacun dans sa sphère de compétence. Il est impossible de concilier des ordonnances contradictoires de cette nature. La seule façon d'éviter une multiplicité de recours et des résultats contradictoires est de saisir la cour supérieure de la demande de B. En définitive, il n'y a également, sur le plan des principes comme sur le plan pratique, aucune autre façon de trancher la demande de B. [91-93] [96]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Nadon c. Anjou (Ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823; *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46; *Malhab c. Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011; *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Carrier c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2000] J.Q. nº 3048 (QL); *Hamer c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] A.Q. nº 1600 (QL); *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000]

[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13; *J.M. Asbestos Inc. v. Lemieux*, SOQUIJ AZ-85149091, rev'd [1986] Q.J. No. 613 (QL); *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 v. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306; *Emerson Electric Canada ltée v. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12; *Hydro-Québec v. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610; *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec v. Hydro-Québec*, [2005] R.J.Q. 927, 2005 QCCA 304; *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1992] 2 S.C.R. 7; *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec v. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8)*, [2005] Q.J. No. 678 (QL), 2005 QCCA 109; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495.

By Bastarache J. (dissenting)

Weber v. Ontario Hydro, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14; *Lacroix v. Société Asbestos ltée* (2004), 43 C.C.P.B. 267; *J.M. Asbestos Inc. v. Lemieux*, [1986] Q.J. No. 613 (QL); *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 v. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306; *Emerson Electric Canada ltée v. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, aff'g (2005), 50 C.C.P.B. 261; *Hydro-Québec v. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610; *Vidéotron ltée v. Turcotte*, [1998] Q.J. No. 2742 (QL); *London Life Insurance Co. v. Dubreuil Brothers Employees Assn.* (2000), 49 O.R. (3d) 766; *Elkview Coal Corp. v. U.S.W.A., Local 9346* (2001), 205 D.L.R. (4th) 80, 2001 BCCA 488; *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec v. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du*

1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13; *J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux*, SOQUIJ AZ-85149091, inf. par [1986] A.Q. nº 613 (QL); *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306; *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12; *Hydro-Québec c. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610; *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, [2005] R.J.Q. 927, 2005 QCCA 304; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1992] 2 R.C.S. 7; *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8)*, [2005] J.Q. nº 678 (QL), 2005 QCCA 109; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14; *Lacroix c. Société Asbestos ltée* (2004), 43 C.C.P.B. 267; *J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux*, [1986] A.Q. nº 613 (QL); *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306; *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, conf. (2005), 50 C.C.P.B. 261; *Hydro-Québec c. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610; *Vidéotron ltée c. Turcotte*, [1998] A.Q. nº 2742 (QL); *London Life Insurance Co. c. Dubreuil Brothers Employees Assn.* (2000), 49 O.R. (3d) 766; *Elkview Coal Corp. c. U.S.W.A., Local 9346* (2001), 205 D.L.R. (4th) 80, 2001 BCCA 488; *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du*

Québec, section locale 8), [2005] Q.J. No. 678 (QL), 2005 QCCA 109; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1261.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 55, 462, 940 *et seq.*, 999, 1000, 1002, 1003, 1007.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 1(*f*), 21, 28, 47.2, 100.1, 100.12, 101.
Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 6, 24, 146.5, 243.2, 243.1 to 243.19.

Authors Cited

Beaulieu, Jacqueline, et autres. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite: annotations et commentaires*. Québec: Régie des rentes du Québec, 1992 (feuilles mobiles mises à jour mars 1998, envoi nº 6).
Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2000.
Crête, Raymonde. "Les régimes complémentaires de retraite au Québec: une institution à découvrir en droit civil" (1989), 49 *R. du B.* 177.
Ferland, Denis, et Benoît Emery, dir. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
Lauzon, Yves. *Le recours collectif*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.
Savard, Manon, et Anouk Violette. "Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée*: que reste-t-il pour les cours de justice?", dans *Développements récents en droit du travail (1997)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997, 49.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Morin and Rochon JJ.A.) (2004), 42 C.C.P.B. 161, 2004 CarswellQue 688, [2004] Q.J. No. 3238 (QL), setting aside a decision of Crépeau J. (2003), 36 C.C.P.B. 180, [2003] Q.J. No. 4279 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Bastarache and Binnie JJ. dissenting.

Québec, section locale 8), [2005] J.Q. nº 678 (QL), 2005 QCCA 109; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1261.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 55, 462, 940 et suiv., 999, 1000, 1002, 1003, 1007.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 1*f*), 21, 28, 47.2, 100.1, 100.12, 101.
Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 6, 24, 146.5, 243.2, 243.1 à 243.19.

Doctrine citée

Beaulieu, Jacqueline, et autres. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite : annotations et commentaires*. Québec : Régie des rentes du Québec, 1992 (feuilles mobiles mises à jour mars 1998, envoi nº 6).
Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000.
Crête, Raymonde. « Les régimes complémentaires de retraite au Québec : une institution à découvrir en droit civil » (1989), 49 *R. du B.* 177.
Ferland, Denis, et Benoît Emery, dir. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1991.
Lauzon, Yves. *Le recours collectif*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.
Savard, Manon, et Anouk Violette. « Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée* : que reste-t-il pour les cours de justice? », dans *Développements récents en droit du travail (1997)*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997, 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Morin et Rochon) (2004), 42 C.C.P.B. 161, 2004 CarswellQue 688, [2004] J.Q. nº 3238 (QL), qui a infirmé une décision du juge Crépeau (2003), 36 C.C.P.B. 180, [2003] J.Q. nº 4279 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Binnie sont dissidents.

Guy Du Pont, Nancy Boyle, Nick Rodrigo and *Jean-Philippe Groleau*, for the appellant/respondent Concordia University.

John T. Keenan and *Harold C. Lehrer*, for the respondent/appellant Concordia University Faculty Association.

Mario Évangéliste and *Marie Pépin*, for the respondent Richard Bisaillon.

No one appeared for the respondents Régie des rentes du Québec, John Hall and Howard Fink.

English version of the judgment of LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

This appeal concerns an application for authorization to institute a class action filed by a unionized employee of Concordia University ("Concordia"). According to the class action, Concordia wrongfully used the fund of an employee pension plan to pay for contribution holidays and cover administrative costs, and to finance early retirement packages. This case raises sensitive legal issues connected with the relationships between civil remedies, the class action in particular, the jurisdiction of labour tribunals and the statutory framework governing supplemental pension plans.

In the case at bar, the class action is an inappropriate remedy. In the circumstances of the case, such an action is incompatible with the exclusive jurisdiction of grievance arbitrators and the representative function of certified unions. The Superior Court was therefore correct in allowing the declinatory exception to dismiss for lack of jurisdiction raised by the appellant, the Concordia University Faculty Association ("CUFA"), and dismissing the motion for authorization to institute a class action. For the reasons that follow, I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision

Guy Du Pont, Nancy Boyle, Nick Rodrigo et *Jean-Philippe Groleau*, pour l'appelante/intimée l'Université Concordia.

John T. Keenan et *Harold C. Lehrer*, pour l'intimée/appelante l'Association des professeurs de l'Université Concordia.

Mario Évangéliste et *Marie Pépin*, pour l'intimé Richard Bisaillon.

Personne n'a comparu pour les intimés la Régie des rentes du Québec, John Hall et Howard Fink.

Le jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

1 Le présent pourvoi porte sur une demande d'autorisation de recours collectif déposée par un salarié syndiqué de l'Université Concordia (« Concordia »). Ce recours collectif reproche à Concordia d'avoir utilisé sans droit la caisse d'un régime de retraite offert à ses salariés pour payer des congés de cotisation ainsi que des frais d'administration et pour financer des retraites anticipées. Ce dossier soulève des problèmes juridiques délicats touchant aux rapports entre les recours civils, particulièrement la procédure de recours collectif, la compétence des juridictions du travail et l'encadrement législatif des régimes complémentaires de retraite.

2 En l'espèce, le recours collectif est une voie de droit inappropriée. Dans les circonstances de la présente affaire, un tel recours est incompatible avec la compétence exclusive de l'arbitre de griefs et avec la fonction représentative des syndicats accrédités. En conséquence, la Cour supérieure a eu raison d'accueillir le moyen déclinatoire en irrecevabilité pour défaut de compétence présenté par l'appelante, l'Association des professeurs de l'Université Concordia (« APUC »), et de rejeter la requête en autorisation de recours collectif. Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi, je

reversing the judgment of the Superior Court and restore that judgment.

II. Origin of the Case

3 On January 1, 1977, Concordia established a supplemental pension plan for its employees ("Pension Plan"). This plan amended and replaced pension plans previously established by Sir George Williams University and Loyola College, which had been merged to form Concordia.

4 The Pension Plan is governed by the *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1. As required under that Act, it has been registered with the Régie des rentes du Québec (s. 24). The Pension Plan is the only such plan offered to Concordia employees, and all eligible employees, unionized or not, may participate in it. It is a defined benefit pension plan to which the employer is required to contribute to ensure that members receive a fixed benefit amount upon retirement. Employees themselves may also contribute to the plan. These contributions and the income derived from them are paid into the pension fund, which is a trust patrimony appropriated to the payment of the benefits to which the beneficiaries are entitled.

5 According to the evidence, the Pension Plan has over 4,100 members. Approximately 350 of its active members are non-unionized professional employees or managers. The vast majority — over 80 percent — of the Pension Plan's members are unionized employees covered by one of the nine collective agreements between Concordia and its nine certified unions. Each of these collective agreements refers in one way or another to the Pension Plan. Seven of them specifically provide that the employees they cover are entitled to participate in Concordia's pension plan in accordance with the terms set out in the plan. In the collective agreement between Concordia and one union, CUPFA, Concordia agrees to maintain the existing Pension Plan for employees in its bargaining

casserais l'arrêt de la Cour d'appel qui avait infirmé le jugement de la Cour supérieure et je rétablirais celui-ci.

II. Origine du litige

Le 1er janvier 1977, Concordia créait un régime complémentaire de retraite au bénéfice de ses employés (« Régime de retraite »). Ce régime modifiait et remplaçait les régimes de retraite établis précédemment par l'Université Sir George Williams et le Collège Loyola, fusionnés pour former Concordia.

Le Régime de retraite est régi par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R-15.1. Comme l'exige cette loi, il est enregistré auprès de la Régie des rentes du Québec (art. 24). Le Régime de retraite est l'unique régime offert aux employés de Concordia et tous les employés admissibles syndiqués ou non peuvent y participer. Il s'agit d'un régime de retraite à prestations déterminées en vertu duquel l'employeur doit cotiser au régime afin d'assurer aux participants une prestation déterminée au moment de la retraite. Les salariés ont par ailleurs la possibilité de cotiser eux-mêmes au régime. Ces cotisations, ainsi que les revenus qui en résultent, sont versées dans la caisse de retraite, un patrimoine fiduciaire affecté au paiement des prestations auxquelles les bénéficiaires ont droit.

Selon la preuve, le Régime de retraite compte au-delà de 4 100 participants. Environ 350 participants actifs du Régime de retraite sont des employés cadres ou professionnels et ne sont pas syndiqués. La grande majorité, plus de 80 pour 100, des participants au Régime de retraite est syndiquée et se trouve liée par l'une ou l'autre des neuf conventions collectives conclues entre Concordia et les neuf syndicats accrédités au sein de l'institution. Chacune des neuf conventions collectives renvoie, d'une façon ou d'une autre, au Régime de retraite. En effet, sept des conventions collectives prévoient expressément que les salariés visés par celles-ci ont le droit de participer au régime de retraite offert par Concordia, selon les modalités stipulées au régime. Par ailleurs, la convention

unit. Finally, the collective agreement applicable to another union, CULEU-Vanier, refers indirectly to the Pension Plan by specifying the ages at which employees become eligible for full retirement benefits or for early retirement.

The Pension Plan has been amended several times since being established in 1977. Some of the amendments led to disagreements between Concordia and most of the unions.

As a result of these disagreements, the respondent Bisaillon, claiming to represent all members of Concordia's pension plan, applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against Concordia in order to contest a number of decisions made with respect to the administration and use of the pension fund. Mr. Bisaillon, who has been an employee of Concordia for many years, has been a member of several unions certified to negotiate with it. He has contributed to the Pension Plan since its establishment. At the time the motion for authorization was filed, he was a member, and president, of CUSSU-TS, a certified union. At the time the motion was heard, however, he had become a member of CUPFA.

In his motion for authorization, Mr. Bisaillon submitted that Concordia had made several changes to the Pension Plan without notifying the members or obtaining their consent. According to the respondent, Concordia first amended the Pension Plan in order to charge the plan's administrative costs to the pension fund, whereas Concordia itself had assumed those costs in the past. Concordia also changed certain provisions of the plan in order to grant itself contribution holidays and to reclaim part of the surplus in the event of termination of the plan. The respondent consequently submitted that, in so doing, Concordia had wrongfully subtracted from the pension fund an estimated $41,626,800 in the form of contribution holidays, an estimated $15,000,000 by having the fund cover

collective liant Concordia au syndicat APTPUC précise notamment que Concordia s'engage à maintenir le Régime de retraite en vigueur pour les salariés compris dans son unité de négociation. Finalement, la convention collective applicable au syndicat CULEU-Vanier renvoie indirectement au Régime de retraite en spécifiant les différents âges auxquels un employé devient admissible à l'intégrité de la rente de retraite ou à la retraite anticipée.

6 Le Régime de retraite a fait l'objet de diverses modifications depuis son établissement en 1977. Certaines de ces modifications ont causé des désaccords entre Concordia et la plupart des syndicats.

7 À la suite de ces désaccords, alléguant agir comme représentant de tous les participants au Régime de retraite de Concordia, l'intimé Bisaillon a demandé à la Cour supérieure l'autorisation d'exercer un recours collectif contre Concordia pour contester un certain nombre de décisions prises au sujet de l'administration et de l'utilisation de la caisse de retraite. M. Bisaillon, qui est salarié de Concordia depuis plusieurs années, a de plus été membre de plusieurs syndicats accrédités pour négocier avec celle-ci. Il participe au Régime de retraite depuis ses débuts. Au moment du dépôt de la requête en autorisation, il appartenait au syndicat accrédité CUSSU-TS, dont il était président. Lors de l'audition de cette requête, il était cependant devenu membre du syndicat accrédité APTPUC.

8 Dans sa requête en autorisation, M. Bisaillon allègue que Concordia a apporté diverses modifications au Régime de retraite, et ce, sans en informer les participants et sans obtenir leur consentement. Selon l'intimé, Concordia aurait d'abord modifié le Régime de retraite afin d'imputer les frais d'administration du régime à la caisse de retraite, alors qu'elle était auparavant responsable de ces frais. Elle aurait également changé les dispositions du régime pour s'accorder des congés de cotisation et récupérer une partie des surplus en cas de terminaison du régime. L'intimé prétend en conséquence que Concordia aurait ainsi soustrait sans droit de la caisse de retraite une somme estimée à 41 626 800 $ sous forme de congés de cotisation, une autre somme évaluée à 15 000 000 $ en

the plan's administrative costs and, finally, another $15,000,000 by using a portion of the Pension Plan's surplus in support of its downsizing program. According to the conclusions set out in his motion, Mr. Bisaillon's intention in seeking to institute this class action was to obtain a declaration that the changes made to the Pension Plan were null and to compel Concordia to pay back the money it had unlawfully taken from the pension fund. Concordia and CUFA contested the motion.

9 Before the application for authorization to institute a class action was filed, CUFA had, following negotiations with Concordia, agreed to the measures now contested by Mr. Bisaillon. The appellant CUFA represents nearly 30 percent of the Pension Plan's active members. The other eight unions had also tried, unsuccessfully, to negotiate with Concordia regarding these amendments, at the same time seeking a variety of improvements to the Pension Plan for their members. Despite this impasse, these eight unions filed no grievances under their respective collective agreements to contest the measures taken by Concordia. Instead, they supported and financed the respondent's attempt to institute a class action.

10 CUFA tried to have Mr. Bisaillon's motion to authorize the institution of a class action dismissed. To this end, it filed a motion in the Superior Court in which it raised a declinatory exception and asked that the respondent's application for authorization be dismissed. In its motion, CUFA, supported by Concordia, submitted that the Superior Court lacked jurisdiction. According to CUFA's submissions, the dispute concerned issues relating to collective bargaining and to the implementation of a collective agreement, which are within the exclusive jurisdiction of a grievance arbitrator. It added that the application by the respondent Bisaillon to be authorized to represent all the Pension Plan's members interfered unduly with the performance by the certified unions of their representative function in respect of most of these members. Finally, the appellant submitted that Mr. Bisaillon, who is

faisant assumer par la caisse les frais d'administration du régime et, enfin, une somme additionnelle — également de 15 000 000 $ — en utilisant une partie des surplus du Régime de retraite pour fins de rationalisation. Selon les conclusions de la requête, M. Bisaillon, par l'exercice de ce recours collectif, cherche à faire déclarer nulles ces modifications apportées au Régime de retraite et à forcer Concordia à rembourser à la caisse de retraite les sommes qu'elle aurait prélevées illégalement. Concordia et l'APUC ont contesté cette requête en autorisation.

Avant le dépôt de la demande d'autorisation de recours collectif, l'APUC avait accepté, à la suite de négociations avec Concordia, les mesures que conteste maintenant M. Bisaillon. L'appelante APUC représente près de 30 pour 100 des participants actifs au Régime de retraite. Les huit autres syndicats avaient également tenté, mais sans succès, de négocier avec Concordia relativement à ces modifications, tout en cherchant à obtenir pour leurs membres différentes améliorations du Régime de retraite. Malgré cette impasse, ces huit syndicats n'ont déposé aucun grief en vertu de leur convention collective respective pour contester les mesures prises par Concordia. Ils ont préféré appuyer et financer la tentative de recours collectif de l'intimé.

L'APUC a tenté de faire rejeter la requête en autorisation de recours collectif présentée par M. Bisaillon. À cette fin, elle a déposé en Cour supérieure une requête proposant un moyen déclinatoire et concluant au rejet de la demande d'autorisation présentée par l'intimé. Dans sa procédure, l'APUC, avec l'appui de Concordia, plaide le défaut de compétence de la Cour supérieure. En effet, selon ses prétentions, le litige porte sur des questions relatives à la négociation collective et à la mise en œuvre de la convention collective, qui relèvent exclusivement de la compétence de l'arbitre de griefs. Elle ajoute que la demande présentée par l'intimé Bisaillon en vue d'être autorisé à représenter tous les participants au Régime de retraite interfère indûment avec l'exercice par les syndicats accrédités de leur fonction de représentation de la plupart de ces participants. Finalement, l'appelante plaide

bound by a collective agreement that incorporates the provisions of the Pension Plan by reference, must use the grievance procedure to resolve any dispute with his employer regarding the plan.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court* (2003), 36 C.C.P.B. 180

On April 25, 2003, Crépeau J. of the Superior Court allowed CUFA's declinatory exception and accordingly dismissed the respondent Bisaillon's motion for authorization to institute a class action. According to Crépeau J., the Pension Plan was a benefit provided for in the collective agreement, and the dispute therefore resulted from the application of that agreement. Consequently, only a grievance arbitrator would have jurisdiction to hear the case. Crépeau J. noted that the respondent did not have an individual right distinct from those provided for in the collective agreement. He also pointed out that the conditions of employment of 80 percent of the plan members Mr. Bisaillon wished to represent had been established by agreements and that these conditions included the Pension Plan. Crépeau J. added that Mr. Bisaillon had conceded that this class action was part of a negotiating strategy of the eight unions, which were dissatisfied with Concordia's refusal to negotiate improvements to the Pension Plan.

B. *Quebec Court of Appeal* (2004), 42 C.C.P.B. 161

According to the Court of Appeal, the instant case had nothing to do with the collective agreement that applied to the respondent Bisaillon. In its view, the Pension Plan existed independently of any collective agreement. Moreover, a grievance arbitrator appointed under a collective agreement would not have the necessary jurisdiction to hear all the claims raised in the class action, that is, his or her jurisdiction would not extend to the claims of the employees covered by the other eight collective agreements or those of the non-unionized employees. The Court of Appeal then expressed its

que M. Bisaillon, lié par une convention collective incorporant par renvoi les dispositions du Régime de retraite, doit utiliser la procédure de grief pour régler tout différend avec son employeur au sujet de ce régime.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec* (2003), 36 C.C.P.B. 180

11 Le 25 avril 2003, le juge Crépeau de la Cour supérieure a accueilli le moyen déclinatoire présenté par l'APUC et a donc rejeté la requête en autorisation de recours collectif présentée par l'intimé Bisaillon. Selon le juge Crépeau, le Régime de retraite constitue un avantage prévu par la convention collective et le litige résulte donc de l'application de celle-ci. Par conséquent, seul un arbitre de griefs a compétence pour entendre le litige. Le premier juge note que l'intimé ne possède aucun droit individuel distinct de ceux prévus par la convention collective. Il souligne également que 80 pour 100 des participants au régime de retraite que M. Bisaillon désire représenter jouissent de conditions de travail établies par des conventions et que ces conditions incluent le Régime de retraite. Le juge Crépeau ajoute que M. Bisaillon a admis que le présent recours collectif fait partie d'une stratégie de négociation des huit syndicats, mécontents du refus de Concordia de négocier des améliorations du Régime de retraite.

B. *Cour d'appel du Québec* (2004), 42 C.C.P.B. 161

12 Selon la Cour d'appel, l'objet du présent litige n'a rien à voir avec la convention collective à laquelle est lié l'intimé Bisaillon. À son avis, le Régime de retraite existe indépendamment de toute convention collective. Par ailleurs, un arbitre de griefs nommé en vertu d'une convention collective ne possède pas la compétence requise pour entendre l'ensemble des réclamations visées par le recours collectif, soit les réclamations des salariés liés par les huit autres conventions collectives et celles du personnel non syndiqué. La Cour d'appel exprime ensuite son inquiétude face au chaos qui pourrait résulter

concern about the chaos that could ensue if different arbitration tribunals were to render contradictory decisions. In light of this, the essential character of the dispute favoured having the Superior Court exercise its residual jurisdiction over all matters not falling within the jurisdiction of another court. This result was supported by the Superior Court's exclusive jurisdiction over class actions under art. 1000 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"). For these reasons, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed CUFA's motion for declinatory exception.

IV. Analysis

A. *Issue*

13 This appeal raises the issue of the compatibility of the class action with collective representation mechanisms in labour law, with the system for applying collective agreements and with the procedure for resolving labour disputes through grievance arbitration. In short, can the class action be used to bypass the representation and grievance resolution mechanisms established under Quebec labour law?

14 To answer this question, I will begin by reviewing the legal framework governing the various aspects of the issue raised by this appeal. To this end, I will analyse the nature of the class action, the collective representation system in Quebec labour law, the jurisdiction of grievance arbitrators and the statutory framework governing supplemental pension plans.

B. *Legal Framework*

(1) Nature of the Class Action: A Procedural Vehicle

15 The class action, which is provided for in arts. 999 *et seq. C.C.P.*, is a procedure that enables one member of a group to sue, without a mandate, on behalf of all members of the group whose legal recourses raise similar questions (arts. 999(*d*)

d'éventuelles décisions contradictoires de tribunaux d'arbitrage différents. Dans cette perspective, l'essence du litige milite en faveur de l'exercice par la Cour supérieure de sa compétence résiduelle à l'égard de toutes les matières qui ne relèvent pas de la compétence d'un autre tribunal. Cette solution est également justifiée par la mention de la compétence exclusive que possède la Cour supérieure sur les recours collectifs en vertu de l'art. 1000 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »). Pour ces motifs, la Cour d'appel accueille l'appel et rejette la requête en exception déclinatoire de l'APUC.

IV. Analyse

A. *La question en litige*

Le présent pourvoi soulève la question de la compatibilité du recours collectif avec les mécanismes de représentation collective en droit du travail, le système d'application des conventions collectives et la procédure des règlements des conflits du travail par le recours à l'arbitrage de griefs. En somme, l'utilisation de la procédure de recours collectif permet-elle de contourner les mécanismes de représentation et de règlement des griefs établis par le droit du travail du Québec?

Pour répondre à cette question, j'établirai d'abord le cadre juridique régissant les différents aspects de la question soulevée par le présent pourvoi. J'analyserai ainsi la nature du recours collectif, le système de représentation collective en droit du travail québécois, la compétence de l'arbitre de griefs et l'encadrement législatif des régimes complémentaires de retraite.

B. *Le cadre juridique*

(1) La nature du recours collectif : un véhicule procédural

La procédure de recours collectif établie aux art. 999 et suiv. *C.p.c.* permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont les recours judiciaires soulèvent des questions semblables (al. 999*d*)

and 1003 *C.C.P.*). The procedure is commenced when one of the members of the group brings a motion for authorization to institute a class action (art. 1002 *C.C.P.*). If authorization is granted, the Superior Court ascribes the status of group representative to the moving party. The representative must be in a position to represent all the group members adequately (art. 1003(*d*) *C.C.P.*). Article 1000 *C.C.P.* provides that the Superior Court has exclusive jurisdiction over class actions.

et art. 1003 *C.p.c.*). Cette procédure débute par le dépôt, par l'un des membres du groupe, d'une requête en autorisation de recours collectif (art. 1002 *C.p.c.*). Si elle accorde l'autorisation, la Cour supérieure attribue au requérant le statut de représentant du groupe. Ce dernier doit être en mesure d'assurer une représentation adéquate de l'ensemble des membres du groupe (al. 1003*d*) *C.p.c.*). Aux termes de l'art. 1000 *C.p.c.*, la Cour supérieure possède une compétence exclusive sur les demandes de recours collectif.

The class action has a social dimension. Its purpose is to facilitate access to justice for citizens who share common problems and would otherwise have little incentive to apply to the courts on an individual basis to assert their rights (*Nadon v. Anjou (Ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.), at p. 1827; *Comité d'environnement de La Baie inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée v. Lapointe*, [1980] C.A. 568). This Court has already noted that legislation on class actions should be construed flexibly and generously: *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68, at para. 14; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, at para. 51. 16

La procédure de recours collectif a une portée sociale. Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits (*Nadon c. Anjou (Ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.), p. 1827; *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568). Notre Cour a déjà souligné la nécessité de donner une interprétation souple et libérale à la législation sur les recours collectifs : *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68, par. 14; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, par. 51.

The class action is nevertheless a procedural vehicle whose use neither modifies nor creates substantive rights (*Malhab v. Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011 (C.A.), at paras. 57-58; *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.), at p. 507; Y. Lauzon, *Le recours collectif* (2001), at pp. 5 and 9). It cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so: D. Ferland and B. Emery, eds., *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, at pp. 876-77. 17

Néanmoins, le recours collectif demeure un véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels (*Malhab c. Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011 (C.A.), par. 57-58; *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.), p. 507; Y. Lauzon, *Le recours collectif* (2001), p. 5 et 9). En effet, la procédure du recours collectif ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas : D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec* (4e éd. 2003), vol. 2, p. 876-877.

For example, in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, this Court confirmed that the provisions of the *Code of Civil* 18

Par exemple, dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, notre Cour a confirmé que les dispositions du *Code de*

Procedure pertaining to class actions did not change the substantive rules of evidence (paras. 31-36). Thus, unless otherwise provided, the substantive law continues to apply as it would in a traditional individual proceeding. L'Heureux-Dubé J. stated the following in this regard: "Those provisions certainly do not create new rules of evidence; rather, they adapt to class actions the methods by which a right, which previously could be claimed only by each person entitled to it, may be exercised" (para. 32).

19 Similarly, recourse to this procedural vehicle does not change the legal rules relating to subject-matter jurisdiction. The Quebec Court of Appeal discussed this question in, *inter alia*, *Carrier v. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2000] Q.J. No. 3048 (QL). In that case, the appellant, a medical specialist, had applied to the Superior Court for authorization to institute a class action to contest the legality of an agreement between the Minister of Health and the Federation of Medical Specialists of Quebec. The agreement, which provided for lower pay for certain physicians in their first few years of practice, had been negotiated under a special collective bargaining system established by the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29. That Act gave a council of arbitration exclusive jurisdiction over disputes resulting from the interpretation or application of this type of agreement.

20 Having concluded that the case fell within the exclusive jurisdiction of the council of arbitration, the Court of Appeal had no difficulty holding that the motion for authorization to institute a class action should be dismissed. Its focus on that occasion was on the procedural nature of the class action:

> [TRANSLATION] The provisions of the Code of Civil Procedure respecting class actions are purely procedural and do not create substantive law. It cannot therefore be concluded from the fact that a class action must by instituted in the Superior Court that a special scheme supplanting jurisdictional rules has been created. [para. 55]

procédure civile traitant du recours collectif ne modifiaient pas les règles substantielles du droit de la preuve (par. 31-36). Ainsi, sauf disposition à l'effet contraire, le droit substantiel continue de s'appliquer comme s'il s'agissait d'une procédure individuelle traditionnelle. La juge L'Heureux-Dubé précisait à cet égard que, « [l]oin de créer de nouvelles règles de preuve, ces dispositions ne font qu'adapter aux recours collectifs les moyens permettant de faire valoir un droit qui, auparavant, ne pouvait être réclamé que par chacun des titulaires » (par. 32).

De même, le recours à ce véhicule procédural ne modifie pas les règles de droit relatives à la compétence *ratione materiae* des tribunaux. La Cour d'appel du Québec a traité de cette question, par exemple, dans *Carrier c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2000] J.Q. nº 3048 (QL). Dans cette affaire, l'appelant, un médecin spécialiste, avait demandé à la Cour supérieure l'autorisation d'exercer un recours collectif pour contester la légalité d'une entente intervenue entre le ministre de la Santé et la Fédération des médecins spécialistes du Québec. Cette entente, qui prévoyait une rémunération inférieure pour certains médecins durant leurs premières années de pratique, avait été négociée selon le système particulier de négociation collective établi en vertu de la *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q., ch. A-29. Cette loi accordait à un conseil d'arbitrage compétence exclusive sur tout différend résultant de l'interprétation ou de l'application de ce genre d'entente.

Ayant conclu que le litige relevait de la compétence exclusive du conseil d'arbitrage, la Cour d'appel a facilement confirmé l'irrecevabilité de la requête en autorisation de recours collectif. Elle a, à cette occasion, insisté sur la nature procédurale du recours collectif :

> Les dispositions du Code de procédure civile relatives au recours collectif sont purement procédurales et ne créent pas de droit substantif. Aussi, on ne peut conclure du fait que le recours collectif doit être introduit en Cour supérieure qu'est créé un régime particulier qui fait échec aux règles en matière de compétence. [par. 55]

In *Hamer v. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] Q.J. No. 1600 (QL), the purpose of the proposed class action was to have the court vacate notices of assessment that had been sent to a large number of taxpayers pursuant to the federal *Income Tax Act* and Quebec's *Taxation Act*. The Quebec Court of Appeal began by noting that the tax legislation applicable to the case had conferred special jurisdiction in such cases on the Court of Québec and the Tax Court of Canada. It then summarized and confirmed — correctly, in my view — the trial judge's opinion regarding the effect of the class action procedure on the jurisdiction of the courts:

[TRANSLATION] The Superior Court concluded that commencing a suit by means of a representative proceeding, as in the case of this motion for authorization to institute a class action, did not in any way alter the Superior Court's subject-matter jurisdiction. Rather, it postulated that such jurisdiction already exists with respect to the matter in dispute. Consequently, the trial judge dismissed the appeal. This judgment contains no error of law subject to review by this Court. [para. 5]

In short, the class action procedure cannot have the effect of conferring jurisdiction on the Superior Court over a group of cases that would otherwise fall within the subject-matter jurisdiction of another court or tribunal. Except as provided for by law, this procedure does not alter the jurisdiction of courts and tribunals. Nor does it create new substantive rights. Determining whether such a proceeding lies in respect of issues relating *prima facie* to the law of collective labour relations thus requires a careful review of the institutions and fundamental rules specific to this branch of law. It is to this subject that I must now turn.

(2) Collective Representation System in Labour Law

The *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("*L.C.*"), recognizes that any association of employees having a representative character in relation to a separate group of employees within an employer's enterprise is entitled to be certified (s. 21 *L.C.*). This separate group — the bargaining unit — consists of one or more employees whose association is

Dans l'affaire *Hamer c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] A.Q. nº 1600 (QL), le recours collectif proposé visait à faire annuler des avis de cotisation transmis à de nombreux contribuables en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada et de la *Loi sur les impôts* du Québec. D'abord, la Cour d'appel du Québec rappelle que les lois fiscales applicables en l'espèce avaient conféré à la Cour du Québec et à la Cour canadienne de l'impôt une compétence particulière sur ces litiges. Ensuite, elle résume et confirme, avec raison selon moi, l'opinion du juge de première instance à propos de l'effet de la procédure de recours collectif sur la compétence des tribunaux : 21

La Cour supérieure a conclu que l'introduction de l'instance par procédure collective, comme dans le cas de cette requête pour autorisation de recours collectif, ne modifiait nullement la compétence d'attribution de la Cour supérieure. Elle supposait plutôt que cette compétence existe déjà à l'égard de la matière en litige. En conséquence, le premier juge a rejeté le pourvoi. Ce jugement ne comporte aucune erreur de droit révisable par notre Cour. [par. 5]

En bref, la procédure de recours collectif ne saurait avoir pour effet de conférer à la Cour supérieure compétence sur un ensemble de litiges qui, autrement, relèveraient de la compétence *ratione materiae* d'un autre tribunal. Sauf dans la mesure prévue par la loi, cette procédure ne modifie pas la compétence des tribunaux. Elle ne crée pas non plus de nouveaux droits substantiels. L'examen de la recevabilité d'une telle procédure à l'égard de problèmes relevant à première vue du droit des rapports collectifs du travail exige donc une étude attentive des institutions et règles de fond propres à ce droit. C'est à cette étude qu'il faut maintenant passer. 22

(2) Le système de représentation collective en droit du travail

Le *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« *C.t.* »), reconnaît le droit d'accréditation à l'association de travailleurs qui jouit du caractère représentatif à l'égard d'un groupe distinct de salariés au sein de l'entreprise d'un employeur (art. 21 *C.t.*). Ce groupe distinct — l'unité de négociation — est composé d'un ou plusieurs employés dont l'association est 23

deemed appropriate for collective bargaining purposes (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5th ed. 2003), at p. 289). The certification of an association of employees produces a variety of legal consequences, both for the association itself and for the employees and the employer.

24 First, the *Labour Code* gives certified unions a set of rights, the most important of which is most certainly the monopoly on representation. When it is certified, a union acquires the exclusive power to negotiate conditions of employment with the employer for all members of the bargaining unit with a view to reaching a collective agreement. Once a collective agreement is in place, the union's monopoly on representation also extends to the implementation and application of the agreement. For example, a certified union holds a monopoly with respect to the choice of solutions for the implementation of the collective agreement. "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" (*Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, at para. 45).

25 Second, the monopoly on representation also has a significant impact on employees' rights. Our system of collective representation proscribes the individual negotiation of conditions of employment. A screen is erected between the employer and the employees in the bargaining unit (*Noël*, at para. 42). This screen prevents the employer from negotiating directly with its employees and in so doing precludes the employees from negotiating their individual conditions of employment directly with their employer (*Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *Noël*; *Isidore Garon ltée v. Tremblay*, [2006] 1 S.C.R. 27, 2006 SCC 2). Moreover, once a collective agreement is signed, it becomes the regulatory framework governing relations between the union and the employer, as well as the individual relationships between the employer and employees: *Hémond v. Coopérative*

jugée appropriée aux fins de négociation collective (R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (5e éd. 2003), p. 289). L'accréditation d'une association de salariés produit diverses conséquences juridiques, tant pour l'association elle-même que pour les salariés et l'employeur.

Premièrement, le *Code du travail* accorde au syndicat accrédité un ensemble de droits, dont le monopole de représentation s'avère assurément le plus important. Le syndicat accrédité acquiert le pouvoir exclusif de négocier avec l'employeur les conditions de travail de tous les membres de l'unité de négociation en vue de conclure une convention collective. Une fois la convention collective en vigueur, le monopole de représentation de syndicat s'étend également à la mise en vigueur et à l'application de cette convention collective. Par exemple, le syndicat accrédité détient un monopole quant au choix des solutions destinées à mettre en œuvre la convention collective. « 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 » (*Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, par. 45).

Deuxièmement, le monopole de représentation entraîne également d'importantes conséquences sur les droits des salariés. D'abord, notre système de représentation collective proscrit toute négociation individuelle des conditions de travail. Un écran est érigé entre l'employeur et les salariés membres de l'unité de négociation (*Noël*, par. 42). Cet écran empêche l'employeur de négocier directement avec ses salariés et, du même coup, interdit à ces derniers d'entamer toute négociation individuelle directe de leurs conditions de travail avec leur patron (*Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *Noël*; *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2). Par ailleurs, une fois conclue, la convention collective devient le cadre réglementaire régissant les rapports entre le syndicat et l'employeur ainsi que les relations individuelles entre ce dernier et les

fédérée du Québec, [1989] 2 S.C.R. 962, at p. 975; *Noël*, at para. 43; *Isidore*, at para. 14.

The system of collective representation thus takes certain individual rights away from employees. In particular, employees are denied the possibility of negotiating their conditions of employment directly with their employer and also lose control over the application of those conditions. In return, by negotiating with the employer with one voice through their union, employees improve their position in the balance of power with the employer (*Isidore*, at para. 38). Moreover, the individual interests of each member of the bargaining unit are protected in a system of collective representation. For example, in order to be certified to represent employees, a union must obtain the support of a majority of the employees in the bargaining unit (s. 28 *L.C.*). Furthermore, having regard to the provisions of s. 21 *L.C.*, it follows from the case law that employees must, *inter alia*, have a certain commonality of interests where labour relations are concerned and that this helps to protect employees' individual interests. Lastly, while the monopoly on representation confers rights upon certified unions, it also imposes upon them a duty to act properly by, for example, taking into account the competing interests of all employees in the bargaining unit: s. 47.2 *L.C.*; *Noël*, at paras. 46-55.

Finally, the collective representation system in labour law has a significant impact on the employer. It requires the employer to recognize the certified union and to enter into good-faith collective bargaining exclusively with it. However, the employer also derives various benefits from the collective representation system. In particular, employers acquire the right to industrial peace for the term of the collective agreement and can, in principle, expect that disagreements stemming from the implementation and application of the collective agreement will be negotiated with the union or settled through the grievance arbitration process. As I noted in *Noël*:

salariés : *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962, p. 975; *Noël*, par. 43; *Isidore*, par. 14.

Par conséquent, le système de représentation collective fait perdre certains droits individuels au salarié. Ce dernier est notamment privé de la possibilité de négocier ses conditions de travail directement avec son employeur, en plus de perdre le contrôle de leur mise en œuvre. En contrepartie, négociant d'une seule voix avec l'employeur par l'entremise de leur syndicat, les salariés voient ainsi s'améliorer leur rapport de force vis-à-vis l'employeur (*Isidore*, par. 38). De plus, les intérêts individuels de chacun des membres de l'unité de négociation sont protégés à l'intérieur du système de représentation collective. Par exemple, afin d'être accrédité pour représenter les salariés, le syndicat doit obtenir l'appui d'une majorité des salariés membres de l'unité de négociation (art. 28 *C.t.*). De plus, compte tenu des dispositions de l'art. 21 *C.t.*, la jurisprudence exige notamment que les salariés possèdent une certaine communauté d'intérêts sur le plan des relations de travail, ce qui favorise la protection des intérêts particuliers des salariés. Enfin, s'il confère des droits au syndicat accrédité, le monopole de représentation impose à ce dernier le devoir d'agir correctement en tenant compte notamment des intérêts concurrents de l'ensemble des salariés faisant partie de l'unité de négociation : art. 47.2 *C.t.*; *Noël*, par. 46-55. 26

Finalement, le système de représentation collective mis en place par le droit du travail a un impact considérable sur l'employeur. Il l'oblige, en effet, à reconnaître le syndicat accrédité et à entamer, exclusivement avec ce dernier, des négociations collectives de bonne foi. Toutefois, l'employeur tire lui aussi différents avantages du régime de la représentation collective. En particulier, il acquiert le droit au respect de la paix industrielle pendant la durée de la convention collective et peut, en principe, s'attendre à ce que les mésententes découlant de la mise en œuvre et de l'application de la convention collective soient négociées par l'entremise du syndicat ou soumises à un règlement par voie d'arbitrage de griefs. Comme je le rappelais dans l'arrêt *Noël* : 27

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 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. [paras. 44-45]

28 It is worth noting that the monopoly on collective representation is not limited to the context of the collective agreement but extends to all aspects of employee-employer relations (*Isidore*, at para. 41; *Noël*, at para. 57). The union's monopoly with respect to collective bargaining is based not only on the existence of a collective agreement, but also on the certification of the union (*Isidore*, at para. 38; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at pp. 1007-8). For this reason, any negotiations regarding conditions of employment that are not mentioned in the current collective agreement must be conducted by the certified union.

(3) Jurisdiction of Grievance Arbitrators

29 As Robert P. Gagnon explains, [TRANSLATION] "A grievance arbitrator's jurisdiction depends on two factors. The first has to do with the subject or the nature of the dispute; this is the subject-matter aspect of the arbitrator's jurisdiction. The second factor relates to the persons who are parties to the dispute; this therefore is the personal aspect of the arbitrator's jurisdiction" (p. 506). It should be noted

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.

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 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. [par. 44-45]

Il est bon de noter que le monopole de la représentation collective ne se limite pas au cadre de la convention collective, mais s'étend aussi à tous les aspects des relations salariés-employeur (*Isidore*, par. 41; *Noël*, par. 57). En effet, le monopole du syndicat sur la négociation collective prend source non seulement dans l'existence d'une convention collective, mais aussi dans l'accréditation de celui-ci (*Isidore*, par. 38; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1007-1008). Par conséquent, toute négociation touchant des conditions de travail non mentionnées dans la convention collective en vigueur devra nécessairement être menée par le syndicat accrédité.

(3) La compétence de l'arbitre de griefs

Comme l'expose M^e^ Robert P. Gagnon : « La compétence de l'arbitre est tributaire de deux facteurs. Le premier a trait à l'objet ou à la nature du litige; c'est l'aspect matériel de sa compétence. Le second met en cause les personnes qui sont parties à ce litige; il s'agit alors de la dimension personnelle de la compétence de l'arbitre » (p. 506). On se rappellera toutefois que la compétence matérielle

however that subject-matter jurisdiction includes the power to grant an appropriate remedy (*R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 890, and *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paras. 63-66). Thus, in order to acquire jurisdiction in a given case, a grievance arbitrator must have jurisdiction over the essential subject matter of the dispute in order to ultimately grant an appropriate remedy.

(i) *Subject-Matter Jurisdiction of Grievance Arbitrators*

I will begin by reviewing the subject-matter aspect of the jurisdiction of grievance arbitrators. The *Labour Code* gives the grievance arbitrator exclusive jurisdiction over "any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement" (ss. 1(*f*) and 100.1 *L.C.*). To determine whether a dispute arises out of a collective agreement, it is necessary to follow the analytical approach adopted by this Court in *Weber*. As McLachlin J. explained, "The question in each case is whether the dispute, in its essential character, arises from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement" (*Weber*, at para. 52).

The first stage of this approach consists in identifying the essential character of the dispute. On this point, the Court has stressed that what must be done is not limited to determining the legal nature of the dispute. On the contrary, the analysis must also take into account all the facts surrounding the dispute between the parties: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, at paras. 25 and 29.

At the second stage, it must be determined whether the factual context so identified falls within the ambit of the collective agreement. In other words, it must be determined whether the collective agreement implicitly or explicitly applies to the facts in dispute. In *Regina Police*, this Court explained this second stage of the analysis as follows:

Simply, the decision-maker must determine whether, having examined the factual context of the dispute, its

comprend la capacité d'accorder une réparation adéquate (*R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 890, et *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 63-66). Ainsi, afin d'acquérir juridiction sur un litige donné, l'arbitre de griefs doit être compétent à l'égard de l'essence de ce litige, afin d'accorder ultimement une réparation adéquate.

(i) *La compétence matérielle de l'arbitre de griefs*

J'étudierai d'abord le volet matériel de la compétence de l'arbitre de griefs. Le *Code du travail* confère à l'arbitre de griefs compétence exclusive sur « toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective » (al. 1*f*) et 100.1 *C.t.*). Afin d'identifier les litiges qui résultent ainsi de la convention collective, il faut s'en remettre à la méthode analytique adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Weber*. Comme l'expliquait alors la juge McLachlin : « Il s'agit, dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective » (*Weber*, par. 52). 30

La première étape de cette méthode consiste donc à déterminer l'essence du litige. À ce sujet, la Cour a souligné qu'il ne faut pas chercher uniquement à déterminer la nature juridique du litige. Au contraire, l'analyse doit aussi porter sur l'ensemble des faits entourant le litige qui oppose les parties : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, par. 25 et 29. 31

À la deuxième étape, il s'agit de vérifier si le contexte factuel dégagé entre dans le champ d'application de la convention collective. En d'autres termes, il faut déterminer si la convention collective vise implicitement ou explicitement les faits en litige. Dans l'arrêt *Regina Police*, notre Cour expliquait ainsi ce deuxième volet de l'analyse dans les termes suivants : 32

Après en avoir examiné le contexte factuel, l'instance décisionnelle doit tout simplement déterminer

essential character concerns a subject matter that is covered by the collective agreement. Upon determining the essential character of the dispute, the decision-maker must examine the provisions of the collective agreement to determine whether it contemplates such factual situations. It is clear that the collective agreement need not provide for the subject matter of the dispute explicitly. If the essential character of the dispute arises either explicitly, or implicitly, from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, the dispute is within the sole jurisdiction of an arbitrator to decide . . . . [para. 25]

33 This Court has considered the subject-matter jurisdiction of grievance arbitrators on several occasions, and it has clearly adopted a liberal position according to which grievance arbitrators have a broad exclusive jurisdiction over issues relating to conditions of employment, provided that those conditions can be shown to have an express or implicit connection to the collective agreement: *Regina Police*; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Allen v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13.

34 What can be said about issues involving the interpretation or application of provisions of collective agreements relating to pension plans? The Quebec Court of Appeal has on numerous occasions held such issues to be within the exclusive jurisdiction of the grievance arbitrator.

35 In *J.M. Asbestos Inc. v. Lemieux*, SOQUIJ AZ-85149091, the Superior Court held that a council of arbitration appointed pursuant to a collective agreement did not have jurisdiction to hear a dispute between a unionized employee and his employer regarding the interpretation of pension plan provisions. The complainant wanted the employer to recognize that he was disabled for the purposes of the pension plan. The Court of Appeal set aside the Superior Court's decision and confirmed that the council of arbitration had jurisdiction. In the Court of Appeal's view, the dispute arose out of the

si l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective. Après avoir établi l'essence du litige, l'instance décisionnelle doit examiner les dispositions de la convention collective afin de déterminer si elle prévoit des situations factuelles de ce genre. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective prévoie l'objet du litige de façon explicite. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige . . . [par. 25]

Notre Cour a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de se pencher sur la compétence matérielle de l'arbitre de griefs et a clairement adopté une position libérale, favorable à la reconnaissance à l'arbitre de griefs d'une compétence exclusive étendue sur les questions relatives aux conditions de travail, pour autant que celles-ci puissent se rattacher expressément ou implicitement à la convention collective : *Regina Police*; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128, 2003 CSC 13.

Qu'en est-il des questions d'interprétation ou d'application des dispositions des conventions collectives touchant les régimes de retraite? À maintes occasions, la Cour d'appel du Québec a conclu que ces questions relevaient de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

Ainsi, dans l'affaire *J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux*, SOQUIJ AZ-85149091, la Cour supérieure a décidé qu'un conseil d'arbitrage nommé en vertu de la convention collective n'était pas compétent pour trancher un litige opposant un employé syndiqué et son employeur relativement à l'interprétation des dispositions du régime de retraite. Le plaignant souhaitait que l'employeur reconnaisse qu'il était invalide pour l'application du régime de retraite. La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour supérieure et confirmé la compétence du conseil d'arbitrage. À son avis, le litige portait sur

interpretation, application, performance or violation of the collective agreement. Article 22 of the agreement provided that the benefits plan, including the pension plan, existing at the time the agreement was signed should be maintained for the duration of the agreement. Even though the pension plan was in effect long before the collective agreement was signed, the Court of Appeal concluded that the inclusion of art. 22 in the agreement had transformed the obligations arising out of the plan into obligations to the union (*J.M. Asbestos Inc. v. Lemieux*, [1986] Q.J. No. 613 (QL), at para. 8).

Subsequently, in *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 v. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306, the Quebec Court of Appeal held that a grievance arbitrator had jurisdiction to decide whether a contribution holiday the employer had granted itself was valid. The collective agreement provided that the employer was to continue contributing to the pension plan throughout the term of the collective agreement and that no changes could be made to the plan without the union's consent (para. 24).

Lastly, in *Emerson Electric Canada ltée v. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, the Court of Appeal accepted the prevailing line of authority, according to which issues relating to a pension plan that has been incorporated into a collective agreement arise, at least implicitly, out of the collective agreement (para. 4). In that case, as in the cases I mentioned in the preceding paragraphs, the collective agreement provided, *inter alia*, that the employer was to continue offering the pension plan for a specified term. A provision or reference of this nature in a collective agreement is sufficient to establish the arbitrator's jurisdiction over a dispute respecting the interpretation or application of a pension plan.

Another approach, one even more favourable to finding that a grievance arbitrator has jurisdiction, appears to be being developed in decisions of the Quebec Court of Appeal. For example, in

l'interprétation, l'application, l'exécution ou la violation de la convention collective. En effet, l'art. 22 de cette convention stipulait que les régimes d'avantages sociaux, dont le régime de retraite, existant à la date de la signature de la convention collective devaient être maintenus pendant la durée de celle-ci. Bien que le régime de retraite soit entré en vigueur longtemps avant la signature de la convention collective, la Cour d'appel a conclu que l'inclusion de l'art. 22 dans cette dernière avait transformé les obligations en découlant en obligations envers le syndicat (*J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux*, [1986] A.Q. nº 613 (QL), par. 8).

36 Plus tard, dans l'affaire *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306, la Cour d'appel du Québec a jugé que l'arbitre de griefs était compétent pour statuer sur la validité d'un congé de cotisation que l'employeur s'était accordé. La convention collective précisait que l'employeur devait continuer de contribuer au régime de retraite pendant la durée de la convention collective et qu'aucun changement ne pouvait y être apporté sans le consentement du syndicat (par. 24).

37 Enfin, dans l'affaire *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, la Cour d'appel a accepté la jurisprudence dominante selon laquelle les questions relatives à un régime de retraite incorporé à la convention collective découlent, à tout le moins de façon implicite, de la convention collective (par. 4). Dans cette affaire comme dans celles que je mentionnais aux paragraphes précédents, la convention collective stipulait notamment que l'employeur devait continuer d'offrir le régime de retraite pendant une durée déterminée. Une stipulation ou un renvoi de cette nature dans la convention collective suffit pour asseoir la compétence de l'arbitre à l'égard d'un litige sur l'interprétation ou l'application d'un régime de retraite.

38 Une autre approche, encore plus favorable à la reconnaissance de la compétence de l'arbitre de griefs, semble également se développer dans la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec. Par

Hydro-Québec v. Corbeil (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610, the Court of Appeal held that an arbitrator had jurisdiction without relying on the existence in the collective agreement of any reference to the pension plan. In that case, the Court found the pension plan to form part of the employees' remuneration and conditions of employment and, on that basis, to be an integral part of the collective agreement. (See also *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec v. Hydro-Québec*, [2005] R.J.Q. 927, 2005 QCCA 304.) Since practically all collective agreements address employee remuneration, grievance arbitrators would, under this approach, almost automatically have jurisdiction in such cases. Similarly, M. Savard and A. Violette have expressed the view that the inclusion in a collective agreement of very general clauses, such as the classic clause recognizing the employer's management rights, could confer jurisdiction over issues regarding the application and implementation of benefits plans, including pension plans. A grievance arbitrator would thus have jurisdiction over such issues even in the absence of an express reference to the pension plan in the collective agreement ("Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée*: que reste-t-il pour les cours de justice?", in *Développements récents en droit du travail (1997)*, 49, at pp. 72-73). In the case at bar, however, there is no need to rule on the validity of this approach, since, as I will explain, the collective agreements in question make express reference to the Pension Plan.

(ii) *In Personam Jurisdiction of Grievance Arbitrators*

39 I will now turn to the *in personam* jurisdiction of grievance arbitrators. It is true that the courts generally focus on the subject-matter aspect of the grievance arbitrator's jurisdiction, which I have just discussed. However, as the Court of Appeal concluded in the instant case, [TRANSLATION] "the arbitrator responsible for hearing grievances

exemple, dans l'arrêt *Hydro-Québec c. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610, la Cour d'appel a reconnu la compétence de l'arbitre sans s'appuyer sur la présence, dans la convention collective, d'un quelconque renvoi au régime de retraite. En effet, dans cette affaire, la Cour d'appel a considéré que le régime de retraite faisait partie de la rémunération et des conditions de travail d'un salarié et constituait, de ce fait, une partie intégrante de la convention collective. (Voir également l'arrêt *Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec*, [2005] R.J.Q. 927, 2005 QCCA 304.) Puisque pratiquement toutes les conventions collectives traitent de la rémunération des salariés, cette approche concéderait, en fait, presque automatiquement à l'arbitre de griefs compétence en la matière. Parallèlement, les auteures M. Savard et A. Violette ont émis l'opinion que la présence dans une convention collective de clauses très générales, telle la clause classique reconnaissant les droits de gérance de l'employeur, pourrait conférer compétence sur les questions d'application et de mise en œuvre des régimes d'avantages sociaux, dont les régimes de retraite. Ainsi, l'arbitre de griefs aurait compétence sur ce genre de questions sans qu'il soit même nécessaire de retrouver dans la convention collective une mention expresse du régime de retraite (« Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée* : que reste-t-il pour les cours de justice? », dans *Développements récents en droit du travail (1997)*, 49, p. 72-73). En l'espèce, il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer sur la validité de cette approche puisque, comme je l'expliquerai, les conventions collectives concernées renvoient expressément au Régime de retraite.

(ii) *La compétence personnelle de l'arbitre de griefs*

J'aborderai maintenant la question de la compétence personnelle de l'arbitre de griefs. Il est vrai que les tribunaux s'attachent généralement à l'aspect matériel de la compétence de l'arbitre de griefs, dont je viens de traiter. Néanmoins, comme la Cour d'appel l'a conclu dans la présente affaire, « l'arbitre chargé d'entendre les griefs découlant

arising out of the collective agreement between the respondent and the intervener has no jurisdiction to hear claims of persons to whom the agreement does not apply" (para. 14). In my view, there is no disputing this conclusion. R. Blouin and F. Morin refer to this dual aspect of the arbitrator's jurisdiction:

> [TRANSLATION] In fact, if there is a collective agreement, a grievance is possible if the dispute can be resolved based on the collective agreement. However, it must be added that a grievance will be possible only to the extent that the disagreement involves parties with a connection to the agreement in question, that is, the employer and the certified union or the employees to whom the collective agreement applies.
>
> (*Droit de l'arbitrage de grief* (5th ed. 2000), at p. 149)

When a grievance arbitrator finds it impossible to resolve a dispute or a part of a dispute because he or she does not have jurisdiction over the parties, the ordinary courts retain jurisdiction over the dispute (Gagnon, at p. 547). Such situations are likely to arise where the grievance arbitrator cannot claim to have authority over persons considered to be third parties in relation to the collective agreement and cannot render decisions against them. However, there is nothing to prevent third parties from voluntarily and expressly submitting to a grievance arbitrator's jurisdiction, thereby bestowing jurisdiction upon him or her: *Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1992] 2 S.C.R. 7.

The inherent limits on their *in personam* jurisdiction do not mean that grievance arbitrators have to ensure that their decisions have no effect on third parties. It is possible for third parties who do not belong to the bargaining unit, such as company managers, to be directly or indirectly affected by an arbitration award. However, these third parties will not be legally bound by the award: *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec v. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du*

de la convention collective entre l'intimée et l'intervenante n'a aucune compétence pour entendre les réclamations des personnes non couvertes par cette convention collective » (par. 14). Cette conclusion me paraît incontestable. Par exemple, les auteurs R. Blouin et F. Morin rappellent ce double aspect de la compétence de l'arbitre :

> En définitive, s'il y a convention collective, il pourra y avoir grief si le litige peut être réglé à partir de la convention collective. Mais, faut-il rajouter, il n'y aura de grief que dans la seule mesure où la mésentente implique les parties concernées à cette même convention, c'est-à-dire l'employeur et le syndicat accrédité ou les salariés assujettis à la convention collective.
>
> (*Droit de l'arbitrage de grief* (5e éd. 2000), p. 149)

40 Lorsque l'arbitre de griefs se trouve dans l'impossibilité de régler le litige ou une partie du litige qui lui est soumis, du fait qu'il n'a pas compétence sur les parties, les tribunaux de droit commun conservent alors compétence sur le litige (Gagnon, p. 547). Une telle situation est susceptible de se présenter lorsque l'arbitre de griefs ne peut prétendre avoir autorité sur des personnes considérées comme des tiers par rapport à la convention collective et qu'il ne saurait prononcer des conclusions à l'encontre de ces derniers. Cependant, rien n'empêche des tiers de se soumettre volontairement et expressément à la compétence d'un arbitre de griefs et de lui donner ainsi compétence : *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada*, [1992] 2 R.C.S. 7.

41 De plus, les limites inhérentes de leur compétence personnelle ne signifient pas que les arbitres de griefs doivent nécessairement s'assurer que leurs décisions n'ont aucune conséquence sur des tiers. En effet, il est possible que des tiers n'appartenant pas à l'unité de négociation, par exemple les cadres d'une entreprise, puissent être touchés directement ou indirectement par les effets d'une sentence arbitrale. Cependant, ces tiers ne seront pas juridiquement liés par cette sentence : *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Paquet (Collège*

gouvernement du Québec, section locale 8), [2005] Q.J. No. 678 (QL), 2005 QCCA 109, at para. 40. As we shall see, the mere fact that the same issue arises in the collective agreements of several different bargaining units with a single employer does not oust the jurisdiction of the grievance arbitrator in favour of the ordinary courts.

(iii) *Residual Jurisdiction of the Superior Court*

42 Grievance arbitrators have very broad powers, both explicit and implicit, so as to be able to grant any remedies needed to implement the collective agreement: see, *inter alia*, s. 100.12 *L.C.* and R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at p. 710. Despite this broad arbitral jurisdiction, the ordinary courts retain a residual inherent jurisdiction in any exceptional cases in which a grievance arbitrator might lack the powers he or she needs to grant the remedy required to resolve a dispute: *Weber*, at para. 57; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495. This residual jurisdiction would be useful, if not essential, if, for example, an arbitration tribunal were unable to adopt needed provisional measures in a timely manner (Gagnon, at pp. 546-47). This special jurisdiction of the Superior Court is not in issue in the case at bar.

(4) Statutory Framework Governing Supplemental Pension Plans

43 To complete this review of the legal framework of this appeal, brief consideration must now be given to the statutory framework governing supplemental pension plans in Quebec. Under the *Supplemental Pension Plans Act*, the Régie des rentes du Québec has a general mandate to ensure that pension plans are administered and operated in compliance with that Act. The Régie des rentes

d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8), [2005] J.Q. nº 678 (QL), 2005 QCCA 109, par. 40. Par ailleurs, comme nous le verrons plus loin, la seule présence d'une même question dans les conventions collectives de plusieurs unités de négociation chez un même employeur ne dessaisira pas l'arbitre de griefs de sa compétence au profit du tribunal de droit commun.

(iii) *La compétence résiduelle de la Cour supérieure*

L'arbitre de griefs possède de très larges pouvoirs, explicites et implicites, afin d'octroyer les réparations requises à la mise en œuvre de la convention collective : voir notamment l'art. 100.12 *C.t.* et R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2e éd. 1991), p. 710. Malgré cette vaste compétence arbitrale, les tribunaux de droit commun conservent une compétence inhérente résiduelle dans les cas exceptionnels où l'arbitre de griefs n'aurait pas les pouvoirs requis pour accorder la réparation permettant de résoudre le conflit : *Weber*, par. 57; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495. Cette compétence résiduelle serait utile, sinon nécessaire, dans le cas où, par exemple, le tribunal d'arbitrage ne pourrait adopter, en temps opportun, les mesures provisoires nécessaires (Gagnon, p. 546-547). Cette compétence particulière de la Cour supérieure n'est pas en cause dans le présent dossier.

(4) L'encadrement législatif des régimes complémentaires de retraite

Pour compléter cet examen du cadre juridique du présent pourvoi, il convient maintenant d'examiner de manière sommaire l'encadrement législatif des régimes complémentaires de retraite au Québec. La *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* confie à la Régie des rentes du Québec le mandat général de s'assurer que l'administration et le fonctionnement des régimes de retraite

does not, however, act as an administrative tribunal with the power to resolve disagreements over the interpretation of pension plans (R. Crête, "Les régimes complémentaires de retraite au Québec: une institution à découvrir en droit civil" (1989), 49 *R. du B.* 177, at p. 209; Régie des rentes du Québec, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite: annotations et commentaires* (looseleaf), at pp. 245-1 and 245-2). The Act does not provide generally for a special forum to which the parties to a pension plan might apply to resolve contractual disputes between them. It does, however, provide for a few exceptions. First, it establishes a consensual arbitration procedure for cases in which there is disagreement over an amendment to a pension plan that confirms the employer's right to appropriate surplus assets to the payment of employer contributions (s. 146.5). The employer, each of the certified unions concerned, and all active plan members not represented by a union must agree to submit to private arbitration. This arbitration procedure is the one provided for in arts. 940 *et seq. C.C.P.* Furthermore, s. 243.2 of the Act provides that "[a]ny matter relating to the allocation of a surplus of assets determined upon the termination of a pension plan comes under the exclusive jurisdiction of the arbitrators", in accordance with the specific provisions of the Act (ss. 243.1 to 243.19).

sont conformes à cette loi. La Régie des rentes n'agit cependant pas comme tribunal administratif détenant le pouvoir de régler les mésententes relatives à l'interprétation des régimes de retraite (R. Crête, « Les régimes complémentaires de retraite au Québec : une institution à découvrir en droit civil » (1989), 49 *R. du B.* 177, p. 209; Régie des rentes du Québec, *Loi sur les régimes complémentaires de retraite : annotations et commentaires* (feuilles mobiles), p. 245-1 et 245-2). La Loi ne prévoit pas de façon générale de tribunal particulier auquel les parties à un régime de retraite peuvent s'adresser pour régler les litiges de nature contractuelle qui les opposent. La Loi reconnaît néanmoins quelques exceptions. D'abord, elle établit une procédure d'arbitrage consensuelle applicable en cas de mésentente relative à une modification du régime de retraite confirmant le droit de l'employeur d'affecter l'excédent d'actif du régime à l'acquittement de ses cotisations (art. 146.5). L'employeur, chacun des syndicats accrédités intéressés et tous les membres actifs non représentés par un syndicat doivent s'entendre pour recourir à l'arbitrage privé. Cette procédure d'arbitrage est celle prévue aux art. 940 et suiv. du *C.p.c.* Par ailleurs, l'art. 243.2 de la Loi précise que « [t]oute question relative à l'attribution d'un excédent d'actif déterminé lors de la terminaison d'un régime de retraite relève de la compétence exclusive des arbitres désignés », selon les dispositions particulières de la Loi (art. 243.1 à 243.19).

The case at bar does not correspond to any of these situations provided for in the Act. On the one hand, the dispute is outside the ambit of s. 146.5, and the parties have not agreed to use the arbitration procedure from the *Code of Civil Procedure.* On the other hand, since the Pension Plan is still effective, the dispute in the instant case does not concern the termination or winding-up of the plan. To determine the appropriate forum for this dispute and, in so doing, to rule on the merits of the respondent Bisaillon's motion for authorization to institute a class action, it is therefore necessary to refer to the general rules governing the jurisdiction of grievance arbitrators.

44

Le présent litige ne correspond pas à l'une ou l'autre de ces situations prévues par la Loi. D'une part, le débat dépasse le cadre de l'art. 146.5 et les parties ne se sont pas entendues pour recourir à la procédure d'arbitrage du *Code de procédure civile.* D'autre part, le Régime de retraite restant toujours en vigueur, il ne s'agit pas en l'espèce d'un litige portant sur la cessation et la liquidation de ce régime. Pour décider du tribunal compétent pour entendre le présent litige et ainsi de la recevabilité de la requête en autorisation de recours collectif présentée par l'intimé Bisaillon, il faut donc s'en remettre aux règles générales régissant la compétence des arbitres de griefs.

C. *Bar to the Class Action*

45 The situation before the Court is certainly complex. It concerns interrelationships involving Concordia, several bargaining units and their respective collective agreements, and non-unionized staff. However, this complexity does not justify disregarding institutions and fundamental rules governing the law of collective labour relations, such as the jurisdiction of grievance arbitrators. Yet the authorization of a class action on behalf of the group the respondent Bisaillon claims to represent would have just that result in the circumstances of the instant case.

(1) Incompatibility of the Class Action With the Mechanisms of Collective Representation and of Implementation of the Collective Agreement

46 The respondent's position undermines two pillars of our collective labour relations system: the exclusivity of the arbitrator's jurisdiction and the collective representation system. Although these principles overlap in their application to the case at bar, I will deal with them separately.

(i) *Exclusivity of the Arbitrator's Jurisdiction*

47 The Superior Court lacks subject-matter jurisdiction with respect to both the dispute between Mr. Bisaillon and Concordia and most of the disputes concerning the other members of the group covered by the class action. These various disputes fall within the exclusive jurisdiction of the grievance arbitrators appointed under the applicable collective agreements.

48 I will begin by discussing the *in personam* jurisdiction of grievance arbitrators. In the instant case, the Court of Appeal rejected the arbitration option adopted by the Superior Court, because, *inter alia*, it felt that a grievance arbitrator did not have the required jurisdiction to rule on the issues raised in respect of all the members of the group covered by the class action (para. 12). In my view, the Court of Appeal erred in adopting this position.

C. *L'irrecevabilité du recours collectif*

La situation que nous examinons est certes complexe. Elle met en rapport Concordia, plusieurs unités de négociation et leurs conventions collectives particulières, de même que son personnel non syndiqué. Toutefois, cette complexité ne justifie pas d'écarter des institutions et des règles de fonctionnement fondamentales du droit des rapports collectifs du travail, comme la compétence de l'arbitre de griefs. Ce serait pourtant le résultat que produirait la reconnaissance de la recevabilité d'un recours collectif à l'égard du groupe censé être représenté par le requérant Bisaillon dans les circonstances de la présente affaire.

(1) Incompatibilité du recours collectif avec les mécanismes de représentation collective et de mise en œuvre de la convention collective

La position soutenue par l'intimé ébranle deux piliers de notre système de relations collectives de travail : l'exclusivité de la compétence de l'arbitre et le système de représentation collective. Bien qu'en l'espèce ces principes se chevauchent dans leur application, j'en traiterai néanmoins séparément.

(i) *L'exclusivité de la fonction arbitrale*

La Cour supérieure ne possède pas la compétence *ratione materiae*, d'une part, quant au litige opposant M. Bisaillon et Concordia et, d'autre part, quant à la plupart des litiges des autres membres du groupe visé par le recours collectif. Ce sont les arbitres de griefs nommés en vertu des conventions collectives applicables qui ont compétence exclusive sur ces différents litiges.

Je discuterai d'abord de la compétence personnelle de l'arbitre de grief. La Cour d'appel a rejeté la solution arbitrale adoptée, en l'espèce, par la Cour supérieure, notamment parce qu'elle considérait qu'un arbitre de griefs ne possédait pas, à l'égard de tous les membres du groupe visé par le recours collectif, la compétence requise pour trancher les questions soulevées (par. 12). Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en adoptant cette position.

The Court of Appeal should not have focussed on determining whether the grievance arbitrator under one agreement had jurisdiction over every potential member of the group covered by the class action. Instead, it should have begun by determining whether a grievance arbitrator had jurisdiction to rule on the individual proceeding between Mr. Bisaillon and Concordia. It should then have enquired into the nature of the individual claims of the majority of the other members of the group and into the *in personam* jurisdiction of the arbitrator with regard to those claims. Absent such an analysis, the Court of Appeal's position removed individual proceedings, over which the arbitrator had jurisdiction, from the grievance arbitration process and assigned them to the Superior Court — which otherwise had no jurisdiction over the parties or the subject matter — simply because a motion for authorization to institute a class action had been filed. This position disregards both the principles applicable to class actions and the nature of this procedure.

49 La Cour d'appel n'aurait pas dû s'attacher à la question de savoir si l'arbitre de griefs d'une convention avait compétence sur tous les membres éventuels du groupe visé par le recours collectif. Elle aurait plutôt dû déterminer en premier lieu si un arbitre de griefs est compétent pour trancher le recours individuel opposant M. Bisaillon à Concordia. Ensuite, elle aurait dû s'interroger sur la nature des recours individuels de la majorité des autres membres du groupe visé et sur la compétence personnelle de l'arbitre à l'égard de leurs réclamations. Faute d'une telle analyse, la position de la Cour d'appel soustrait à l'arbitrage de griefs différents recours individuels, à l'égard desquels l'arbitre est compétent, pour les attribuer à la Cour supérieure — qui est par ailleurs dépourvue de toute compétence sur les personnes et la matière — pour le seul motif qu'une requête en autorisation de recours collectif a été déposée. Cette position fait abstraction des principes applicables au recours collectif et de la nature de cette procédure.

Furthermore, with regard to the subject-matter aspect of the dispute, the jurisdiction of the arbitrator under each of Concordia's collective agreements has been established in the case at bar. The facts alleged in the respondent Bisaillon's motion, namely, the unilateral amendments made by the employer to the Pension Plan and the question of their validity, are at least implicitly, and perhaps even explicitly, linked to the collective agreements and to the application thereof.

50 Par ailleurs, en ce qui concerne l'aspect matériel du litige, la compétence de l'arbitre de chacune des conventions collectives de Concordia est établie en l'espèce. Les faits allégués dans la requête de l'intimé Bisaillon, c'est-à-dire les modifications unilatérales apportées au Régime de retraite par l'employeur et le problème de leur validité, se rattachent à tout le moins implicitement, peut-être même expressément, à ces conventions collectives et à leur application.

As I mentioned above, each of the collective agreements in force at the time the motion was filed refers in one way or another to the Pension Plan. This was true, more specifically, of the collective agreement that originally applied to the respondent Bisaillon. On this subject, a degree of uncertainty remains as to which collective agreement is applicable to the respondent Bisaillon for the purposes of this appeal. The issue is not determinative, however, since the relevant provisions appear to be similar.

51 Comme je l'ai souligné plus tôt, chacune des conventions collectives en vigueur au moment de la requête renvoie d'une façon ou d'une autre au Régime de retraite. C'était le cas plus particulièrement de la convention collective qui s'appliquait à l'origine à l'intimé Bisaillon. À ce sujet, il subsiste une certaine incertitude quant à l'identification de la convention collective applicable à l'intimé Bisaillon pour les besoins du présent pourvoi. Cette question n'est toutefois pas déterminante puisque les dispositions pertinentes paraissent similaires.

52 The collective agreement applicable to Mr. Bisaillon at the time his motion for authorization was filed contained the following provisions:

32.01:

Employees covered by this collective agreement are eligible for the University benefits program, in accordance with the conditions stipulated therein.

32.02:

The Benefits Program consists of the following:

Life Insurance;
Health Insurance;
Salary Insurance;
Pension Plan. [Emphasis added.]

53 As for the collective agreement applicable to Mr. Bisaillon at the time the judge heard the application, it provided as follows:

15.03 Pension Plan

(a) The Employer agrees to maintain the Pension Plan currently in use for employees at the coverage and benefit levels and under the terms and conditions set by the Pension Committee and the Board of Governors. [Emphasis added.]

54 In these provisions, Concordia made a commitment to the unions to offer the Pension Plan to the employees covered by the agreements in accordance with the conditions of the plan. The unions thus obtained certain assurances with respect to the maintenance of the plan and the eligibility of the employees they represented. In effect, the parties decided to incorporate the conditions for applying the Pension Plan into the collective agreement. In this context, the employer was not in the position of a third person, such as an insurer providing insurance benefits proposed by the parties to the collective agreement. On the contrary, Concordia appeared to retain effective control over the administration of the Pension Plan while committing itself, at least implicitly, to respect and fulfil various rights and obligations

En effet, la convention collective applicable à M. Bisaillon au moment du dépôt de sa requête en autorisation prévoyait ce qui suit :

[TRADUCTION]

32.01 :

Les employés visés par la présente convention collective sont admissibles au régime d'avantages sociaux de l'Université, conformément aux conditions qui y sont prévues.

32.02 :

Le régime d'avantages sociaux comprend :

l'assurance vie;
l'assurance maladie;
l'assurance salaire;
le régime de retraite. [Je souligne.]

Par ailleurs, la convention collective qui liait M. Bisaillon au moment où le juge a entendu la demande, comportait la stipulation suivante :

[TRADUCTION]

15.03 Régime de retraite

a) L'employeur accepte de maintenir la protection et les avantages qu'offre aux employés le régime de retraite actuellement en vigueur, selon les conditions générales fixées par le comité de retraite du conseil d'administration. [Je souligne.]

En vertu de ces dispositions, Concordia s'était engagée auprès des syndicats à offrir aux salariés visés le Régime de retraite selon les conditions de celui-ci. Les syndicats ont ainsi obtenu certaines assurances quant au maintien du régime et à l'admissibilité des salariés qu'ils représentent. En fait, les parties ont décidé d'inclure les conditions d'application du Régime de retraite dans la convention collective. Dans ce contexte, l'employeur n'était pas dans la position d'un tiers comme un assureur fournissant une prestation d'assurance proposée par les parties à la convention collective. Au contraire, Concordia semblait conserver le contrôle effectif de l'administration du Régime de retraite, tout en s'engageant, au moins implicitement, à respecter divers droits et obligations prévus par ce régime ou découlant

provided for in the plan or arising out of the legislation applicable to it. In so doing, it also recognized the *in personam* and subject-matter jurisdiction of the grievance arbitrator.

This is not a case that would justify the Superior Court in exercising its exceptional residual jurisdiction. If the respondent's allegations proved to have merit, the grievance arbitrator would have the necessary jurisdiction in a grievance proceeding to declare the employer's decisions to be null, and to decide on an appropriate remedy. Accordingly, the Superior Court did not err in declaring that it lacked jurisdiction to hear the case on the basis that the grievance arbitrator had exclusive jurisdiction in the matter.

(ii) *Union's Monopoly on Representation*

To ascribe the status of representative to the respondent Bisaillon by granting his motion for authorization to institute a class action would be incompatible with the legal mandates of representation accorded by the *Labour Code* to the nine certified unions representing Concordia employees. The Pension Plan, having been negotiated and incorporated into the collective agreement, became a condition of employment in respect of which the employees lost their right to act on individual basis, independently of the union representing them. As confirmed in *Noël*, the employees no longer have the power to apply to the ordinary courts to demand the application of provisions of the plan. Contrary to all these principles, a class action in the case at bar would jeopardize an explicit agreement — entered into within the framework set out in the *Labour Code* — between CUFA and Concordia with respect to the very subjects to which it applies.

If the eight unions that disagreed with Concordia felt that their collective agreements had been violated, it was up to them to assert the rights of the employees they represent. As the disagreement arose, at least implicitly, out of the collective agreement, the unions should have pursued the collective bargaining process begun with the employer

des lois qui s'y appliquent. De ce fait, elle reconnaissait aussi la compétence personnelle et matérielle de l'arbitre de griefs.

Finalement, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas justifiant l'exercice par la Cour supérieure d'une compétence résiduelle exceptionnelle. Si les prétentions de l'intimé s'avéraient fondées, l'arbitre de griefs, saisi au moyen de la procédure de grief, aurait la compétence requise pour déclarer nulles les décisions de l'employeur et déterminer les réparations appropriées. En conséquence, la Cour supérieure n'a commis aucune erreur lorsqu'elle s'est déclarée incompétente pour connaître du litige par le motif que l'arbitre de griefs avait une compétence exclusive en la matière. 55

(ii) *Le monopole de la représentation syndicale*

Par ailleurs, le fait d'attribuer le statut de représentant à l'intimé Bisaillon, s'il était fait droit à sa requête en autorisation de recours collectif, serait incompatible avec les mandats légaux de représentation que le *Code du travail* accorde aux neuf syndicats accrédités représentant les salariés de Concordia. Ayant été négocié et incorporé à la convention collective, le Régime de retraite est devenu une condition de travail sur laquelle le salarié a perdu son droit d'agir sur une base individuelle, indépendamment du syndicat qui le représente. Par exemple, comme le confirme l'arrêt *Noël*, le salarié est privé du pouvoir de réclamer l'application du régime en s'adressant aux tribunaux de droit commun. Contrairement à tous ces principes, ce recours mettrait d'ailleurs en péril un accord explicite, conclu dans le cadre prévu par le *Code du travail*, entre APUC et Concordia sur les matières mêmes qu'il vise. 56

Si les huit syndicats qui ne se sont pas entendus avec Concordia estimaient que leurs conventions collectives avaient été violées, il leur appartenait de faire valoir les droits des salariés qu'ils représentent. Comme la mésentente découlait, à tout le moins implicitement, de la convention collective, les syndicats auraient dû poursuivre la négociation 57

or filed a grievance with an arbitrator to defend the rights of their bargaining units. Their tactical decision to yield their power of representation to Mr. Bisaillon disregarded the legal mandates the *Labour Code* attributes to them as certified unions and the obligations it imposes on them in respect of the employees and the employer.

(2) Problems Resulting From the Arbitration Solution

58 Although I am of the view that the trial judge correctly concluded that the Superior Court lacked jurisdiction in the instant case, I must admit that this solution is not free of procedural difficulties, particularly because of the multiplicity of possible proceedings and of potential conflicts between separate arbitration awards in respect of the different bargaining units. However, the potential difficulties are not sufficient to justify referring the matter to the Superior Court and holding that it has jurisdiction.

59 Since the grievance arbitrator derives his or her jurisdiction from the collective agreement for a particular bargaining unit, each of the unions involved in the case at bar could of course, pursuant to its own agreement, file a grievance alleging the unlawfulness of the employer's amendments to the Pension Plan. The filing of such grievances could give rise to a series of parallel arbitration proceedings.

60 The Court of Appeal was accordingly concerned about the chaos that could ensue if contradictory decisions were to result. The respondent has not demonstrated that a real possibility of such procedural chaos exists. It is not a foregone conclusion that confirming the jurisdiction of grievance arbitrators would automatically lead to multiple arbitration proceedings. Various options remain open under the fundamental rules of labour law. Thus, it is possible in such situations that all, or at least a large number of, the unions would decide to come to an agreement with the employer to submit the various grievances to a single arbitrator. In the

collective entamée avec l'employeur ou déposer un grief devant un arbitre afin de faire valoir les droits de leurs unités de négociation. Leur choix tactique de céder de fait leur pouvoir de représentation à M. Bisaillon ne tenait pas compte du mandat légal que leur attribue le *Code du travail*, en tant que syndicats accrédités, et des obligations qu'il leur impose à l'égard des salariés et de l'employeur.

(2) Les difficultés de la solution arbitrale

Bien que je sois d'avis que le juge de première instance a conclu à bon droit à l'absence de compétence de la Cour supérieure en l'espèce, je dois admettre que cette solution n'est pas exempte de toute difficulté procédurale, notamment en raison de la multiplicité des recours possibles et des conflits potentiels entre des sentences arbitrales distinctes dans chaque unité de négociation. Toutefois, les difficultés appréhendées ne sont pas suffisantes pour justifier le renvoi de l'affaire devant la Cour supérieure et pour reconnaître la compétence de celle-ci.

Certes, comme l'arbitre de griefs tire sa compétence de la convention collective conclue à l'égard d'une unité de négociation particulière, chacun des syndicats en cause dans la présente affaire pourrait déposer, en vertu de son entente, un grief invoquant l'illégalité des modifications apportées par l'employeur au Régime de retraite. Le dépôt de tels griefs pourrait donner lieu à une série d'arbitrages parallèles.

La Cour d'appel s'inquiète alors du chaos que risquent d'engendrer d'éventuelles décisions contradictoires. L'intimé n'a pas démontré la possibilité réelle d'un tel chaos procédural. Il n'est pas acquis que la confirmation de la compétence des arbitres de griefs entraînerait d'ailleurs automatiquement une multitude de recours arbitraux. Des solutions diverses s'offrent toujours dans le cadre des règles fondamentales du droit du travail. Ainsi, dans de telles situations, il est possible que l'ensemble des syndicats ou, à tout le moins, un grand nombre d'entre eux décident de s'entendre avec l'employeur pour soumettre les différents recours à

instant case, it would be hard for the employer to oppose this approach, which I feel should have been the preferred one for all the parties involved. Moreover, should one arbitrator decide a grievance filed by one of the unions in the union's favour, all the employees would benefit indirectly from this award, since all the money wrongfully taken from the pension fund would be returned. Any grievances filed by the other unions would, in practice, become moot. Assuming the worst, if there were contradictory or incompatible arbitration awards, Concordia could probably, subject to the limited possible grounds for judicial review by the Superior Court, resolve any conflict by complying with the award least favourable to it.

un seul arbitre de griefs. Approche à laquelle pourrait difficilement s'opposer l'employeur en l'espèce. Cette approche est, selon moi, celle qui aurait dû être favorisée, en l'espèce, par les différentes parties en cause. De plus, dans l'hypothèse où un arbitre rendrait une décision relative à un grief déposé par l'un des syndicats concernés et se prononcerait en faveur de celui-ci, l'ensemble des salariés bénéficierait indirectement de cette sentence arbitrale, étant donné que la totalité des sommes prélevées sans droit serait remise à la caisse de retraite. Les griefs éventuels déposés par les autres syndicats deviendraient, en fait, de simples recours théoriques. En mettant les choses au pire, en cas de sentences arbitrales contradictoires ou incompatibles, Concordia pourrait probablement, sous réserve des voies étroites du contrôle judiciaire par la Cour supérieure, régler tout conflit en se conformant à la sentence la moins favorable pour elle.

Does the solution adopted in the case at bar effectively give the unions nine kicks at the can, allowing each one in turn to file a grievance, with the ultimate aim of requiring the employer to abide by the award most unfavourable to it? I think not. There are a number of tools of civil procedure that can be used to resolve the problems caused by multiple proceedings. I see nothing from which to infer that arbitration could give rise to abuses of right through which the various unions would profit excessively from the procedure available to them. 61

La solution retenue en l'espèce a-t-elle pour effet de donner neuf chances au coureur, en permettant à chaque syndicat de déposer successivement des griefs en vue d'obliger, en fin de compte, l'employeur à se conformer à la décision arbitrale la plus sévère? J'en doute. La procédure civile offre différents outils permettant de résoudre les problèmes causés par la multiplicité des recours. Rien ne me porte à croire que la procédure arbitrale pourrait donner lieu à des abus de droit de la part des différents syndicats concernés qui utiliseraient de façon excessive la procédure à leur disposition.

Furthermore, the problems associated with multiple proceedings are not unique to arbitration. If the motion for authorization to institute a class action had been granted in the instant case, nothing would have prevented some members, whether unionized or not, from requesting exclusion from the class action in order to pursue individual recourses (art. 1007 *C.C.P.*). 62

D'ailleurs, les problèmes liés à la multiplicité des recours ne sont pas propres à la procédure arbitrale. En effet, si la requête en autorisation de recours collectif était accueillie en l'espèce, rien n'empêcherait certains participants, qu'ils soient syndiqués ou non, de s'exclure du recours collectif pour entamer un recours individuel (art. 1007 *C.p.c.*).

What then can be said about the rights of non-unionized members? To begin with, they too would benefit indirectly from an arbitration award in favour of one of the unions but would not be legally bound by such an award. In the instant case, this Court did not have to rule on the validity of a 63

Par ailleurs, qu'en est-il des droits des participants non syndiqués? Dans un premier temps, ces participants non syndiqués profiteraient eux aussi indirectement d'une sentence arbitrale favorable obtenue par l'un des syndicats, sans toutefois être judiciairement liés par une telle décision. En

civil suit undertaken by the non-unionized employees to assert their own rights, be it by means of a declaratory action, an action in nullity or a class action. The question whether a class action limited to non-unionized employees lies was not before this Court, so I will refrain from expressing an opinion on the subject. I will simply note that modern civil procedure is flexible and would not leave these employees without effective recourse, and that this Court need not rule on the form and nature of that recourse at this time.

64 In short, despite the fear that procedural difficulties — which, I might add, would not be insurmountable — might result from a decision in favour of arbitration, the class action option cannot be accepted. To authorize a class action in the case at bar would be to deny the principles of the exclusivity of the grievance arbitrator's jurisdiction and of the union's monopoly on employee representation. The Superior Court was thus correct in granting the motion for declinatory exception and dismissing the respondent Bisaillon's motion for authorization to institute a class action.

V. Disposition

65 I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the decision of the Superior Court, with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

1. Introduction

66 I have had the opportunity to read the reasons of my colleague Justice LeBel, and I agree with many of the arguments raised in his analysis. Thus, we agree that, although the respondent Bisaillon started this case as a class action, this cannot affect the substantive rights of those implicated therein.

l'espèce, notre Cour n'avait pas à décider de la validité d'un recours civil exercé par les employés non syndiqués afin de faire valoir leurs propres droits, que ce soit par l'entremise d'un recours déclaratoire, d'un recours en nullité ou d'un recours collectif. La question de la recevabilité d'un recours collectif limité au personnel non syndiqué n'a pas été soulevée devant notre Cour; je m'abstiens donc d'émettre une opinion à ce sujet. Je dirai seulement que la procédure civile moderne est souple et ne laisserait pas ces employés sans recours efficace, et que notre Cour n'a pas à se prononcer maintenant sur les formes et la nature de celui-ci.

En bref, malgré la crainte que certaines difficultés procédurales, qui ne sont d'ailleurs pas insurmontables, résultent de la décision en faveur de la procédure arbitrale, la solution du recours collectif ne saurait être acceptée. En l'espèce, le fait d'autoriser un tel recours nierait le principe de l'exclusivité de la compétence de l'arbitre de griefs et celui du monopole de la représentation syndicale des salariés. La Cour supérieure a à bon droit accueilli la requête en exception déclinatoire et rejeté la requête en autorisation de recours collectif présentée par l'intimé Bisaillon.

V. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Cour supérieure, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Binnie rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

1. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge LeBel et je souscris à plusieurs des observations qu'il fait dans son analyse. Ainsi, tout comme lui, j'estime que, bien que l'intimé Bisaillon ait décidé à l'origine d'utiliser la voie du recours collectif, ce choix ne saurait avoir d'incidence sur

Accordingly, we agree that the crux of this appeal lies in considering the proper jurisdiction of the labour arbitrator. We further agree that, once established, the exclusive jurisdiction of arbitrators must continue to be protected by this Court, and that employees cannot sidestep the exclusive representation of their bargaining agents. Finally, we are in agreement on the specific point that pension plans form part of employees' conditions of employment and are often vigorously negotiated as part of the collective bargaining process.

Where I part ways with LeBel J. is the specific conclusion, on the facts of this case, that this pension dispute can be traced back to the collective agreement that binds the respondent to the appellant university — or that it can be said to arise out of *any* collective agreement involving the appellant university, for that matter. Far from constituting a departure from the general principles elaborated by my colleague, my conclusion recognizes that the role of labour arbitrators and labour unions must be respected. But *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, demands a nuanced and contextual analysis animated by the relevant factual matrix before a decision on jurisdiction can be reached (paras. 52-53); see also *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, at para. 25. In the present appeal, this analysis leads to the conclusion that the pension plan at issue (the "Plan") transcends any single collective agreement or employment contract and, therefore, falls outside the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator.

The claim advanced by the respondent centres around the financing of the Plan itself. It is unaffected by the particular agreement binding a given member of the Plan to the appellant university. Thus, while I agree that pension plans may sometimes be "swallowed up" by collective agreements that incorporate them, this cannot be what happened here. In this case, unlike those cited by

les droits substantiels des intéressés. C'est pourquoi je suis également d'accord avec mon collègue pour dire que le présent pourvoi vise essentiellement à analyser la compétence des arbitres de griefs. À l'instar du juge LeBel, j'estime moi aussi que, une fois établie, la compétence exclusive des arbitres doit continuer de bénéficier de la protection de notre Cour et que les employés ne peuvent se soustraire au monopole de représentation de leur unité de négociation. Enfin, nous nous entendons pour dire que les régimes de retraite font partie des conditions de travail des salariés et font souvent l'objet d'intenses négociations dans le cadre du processus de négociation collective.

67 Le point sur lequel je diverge d'opinion avec le juge LeBel, c'est sa conclusion suivant laquelle, dans le contexte factuel de la présente affaire, le présent litige en matière de retraite a son origine dans la convention collective qui lie l'intimé à l'université appelante — ou du reste dans *n'importe quelle* convention collective à laquelle cette dernière est partie. Loin de contredire les principes généraux énoncés par mon collègue, ma conclusion reconnaît qu'il faut sauvegarder le rôle des arbitres de griefs et des syndicats. Toutefois, l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, exige que l'on procède à une analyse contextuelle et nuancée, basée sur les faits pertinents, avant de statuer sur la question de la compétence (par. 52-53); voir également *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, par. 25. Or, en l'espèce, cette analyse mène à la conclusion que le régime de retraite faisant l'objet du présent pourvoi (le « Régime de retraite ») transcende chacune des conventions collectives et chacun des contrats de travail et que, par conséquent, il ne relève pas de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

68 La demande de l'intimé concerne le financement du Régime de retraite lui-même. La convention particulière liant un participant au Régime de retraite à l'université appelante n'a pas d'incidence sur la demande. Par conséquent, bien que je sois moi aussi d'avis que les conventions collectives « absorbent » parfois les régimes de retraite en les incorporant par renvoi, j'estime que cela ne

LeBel J., the indivisible nature of the Plan patrimony contrasts directly with the *nine* distinct collective agreements and *hundreds* of distinct employment contracts that bind the Plan members to the appellant university. Put simply, the Plan transcends any one collective agreement. To state otherwise — in other words, to state that the Plan does indeed arise out of a given collective agreement — implies that the parties to that collective agreement, and the arbitration that results therefrom, effectively have the power to bind all other persons who have an interest in the Plan.

69 Because the Plan cannot be reduced to a single collective agreement, it should be expected that problems will result if a labour arbitrator is given exclusive jurisdiction by virtue of one such agreement. As LeBel J. acknowledges, these problems indeed loom large if his approach is accepted. For instance, one can anticipate that different courts and arbitrators, all gaining jurisdiction from different collective agreements and employment contracts, could come to mutually incompatible decisions on how the appellant university should administer the Plan. If this was an unfortunate consequence of the correct application of *Weber*, and a necessary evil in guarding the rightful territory of labour unions and arbitrators, then I, like my colleague, would be willing to accept it. With respect, however, I believe the risk of inconsistent decisions is symptomatic of a misapplication of *Weber*. I cannot agree that *Weber* allows for the same party to be bound by inconsistent directions from different courts and arbitrators, all claiming — rightfully, according to my colleague — to have jurisdiction over the essential character of the dispute. The fact that this possibility exists here confirms that the essential character of this appeal arises out of something other than the collective agreement: the Plan itself.

70 In my reasons I will follow this Court's jurisprudence suggesting that employees can have

peut s'être produit en l'occurrence. Dans la présente affaire, contrairement à celles citées par le juge LeBel, la nature indivisible du patrimoine du Régime de retraite tranche directement avec les *neuf* différentes conventions collectives et les *centaines* de contrats de travail distincts qui lient les participants au Régime de retraite à l'université appelante. Plus simplement, le Régime de retraite transcende chacune des conventions collectives. En d'autres termes, dire que le Régime de retraite découle d'une convention collective donnée implique que les parties à cette convention collective et les griefs qui en résultent sont dans les faits susceptibles de lier toutes les autres personnes concernées par le Régime de retraite.

Étant donné que le Régime de retraite ne saurait être réduit à une convention collective en particulier, des problèmes risquent de surgir si un arbitre de griefs se voit conférer compétence exclusive en vertu de l'une des conventions en question. Comme le juge LeBel le reconnaît, ce risque sera très présent si son approche est retenue. Ainsi, on peut s'attendre à ce que plusieurs tribunaux et arbitres, tirant compétence de conventions collectives et de contrats de travail différents, rendent des décisions incompatibles quant à la manière dont l'université appelante doit administrer le Régime de retraite. S'il s'agissait d'une conséquence fâcheuse résultant de l'application correcte de l'arrêt *Weber*, et d'un mal nécessaire pour sauvegarder le territoire qui relève à bon droit des syndicats et des arbitres, je serais prêt à l'accepter, à l'instar de mon collègue. En toute déférence, cependant, je crois que le risque de décisions contradictoires découle d'une application erronée de l'arrêt *Weber*. Je ne puis envisager que, en vertu de cet arrêt, une partie puisse être liée par des prescriptions contradictoires rendues par différents tribunaux et arbitres, qui prétendraient tous — à bon droit selon mon collègue — avoir compétence en ce qui concerne l'essence du litige. Le fait que cette possibilité existe en l'espèce confirme que l'essence du présent pourvoi ne procède pas de la convention collective, mais bien du Régime de retraite lui-même.

Dans mes motifs, je vais appliquer la jurisprudence de notre Cour selon laquelle des employés

employment-related rights that do not give rise to a labour arbitrator's exclusive jurisdiction. I will then apply the *Weber* framework to determine that the present dispute is one of those situations. Finally, I will conclude by discussing the implications of adopting an approach that does not conform to the principles of *Weber*.

peuvent avoir des droits liés à leur emploi mais ne donnant pas naissance à la compétence exclusive d'un arbitre de griefs. Je vais par la suite procéder à l'analyse préconisée dans l'arrêt *Weber*, qui m'amènera à conclure que le présent litige relève de cette situation. Je terminerai en examinant les implications de l'adoption d'une approche non conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Weber*.

2. A Labour Arbitrator's Exclusive Jurisdiction Is Not Unlimited

2. La compétence exclusive d'un arbitre de griefs n'est pas illimitée

As my colleague LeBel J. observes, there are two "exclusivities" implicated in this dispute. The first is the exclusive right that unions have to represent the members of the relevant collective bargaining unit. The second is the exclusive right that labour arbitrators have to decide disputes that arise out of the collective agreement. While the first exclusivity may be relevant in determining who has a sufficient interest to bring forth the pension claim, it is the second exclusivity that will determine which forum has jurisdiction to hear it. Because these two exclusivities do not necessarily have the same scope, the first exclusivity must not be used as a proxy for the second. The fact that a union can act pursuant to its monopoly over representation does not imply that the labour arbitrator has the exclusive jurisdiction to hear its argument. Conversely, a decision that the labour arbitrator does not possess exclusive jurisdiction over a matter will not necessarily mean that an employee, personally, has a sufficient interest to by-pass his/her union and apply for a remedy: compare *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, 2001 SCC 39, at para. 70. Jurisdiction must be established first. Only then will it fall upon the decision-maker, properly seized of the dispute, to determine if it should proceed as pleaded.

71 Comme il ressort des motifs de mon collègue le juge LeBel, deux types de « monopoles » entrent en jeu dans le présent litige. Le premier est le droit exclusif des syndicats de représenter les membres d'une unité de négociation. Le second est la compétence exclusive que les arbitres de griefs ont à l'égard des litiges découlant de la convention collective. L'existence du premier monopole peut certes être prise en compte pour déterminer qui possède un intérêt suffisant pour déposer une demande concernant le Régime de retraite, mais c'est le deuxième qui permet de déterminer le forum compétent pour entendre une telle demande. Étant donné que les deux monopoles n'ont pas nécessairement la même portée, le premier ne saurait être utilisé pour tenir lieu du second. Ainsi, le fait qu'un syndicat puisse agir en vertu de son monopole de représentation n'implique pas que l'arbitre de griefs a compétence exclusive pour entendre ses arguments. À l'inverse, une décision portant que l'arbitre de griefs n'a pas compétence exclusive à l'égard d'une question ne signifie pas nécessairement qu'un employé possède un intérêt suffisant pour se passer de l'entremise de son syndicat et pour exercer un recours en sa qualité personnelle : voir à titre comparatif *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39, par. 70. Il faut d'abord établir la compétence du tribunal. Ce n'est qu'une fois cette étape franchie qu'il reviendra au décideur, régulièrement saisi du litige, de déterminer si celui-ci doit être instruit de la façon dont il est plaidé.

Without detracting from the importance of the first exclusivity, then, it is most relevant to the present appeal to recognize the limits that exist

72 Par conséquent, sans perdre de vue l'importance du premier monopole, il importe avant tout, dans le présent pourvoi, de circonscrire les limites

with respect to the second. On this point, the jurisprudence admits of no doubt. An employee may have any number of rights related to his/her employer, even relating to his/her employment, that fall outside the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator: see *Weber*, at para. 54; *Regina Police Assn.*, at para. 24. This Court had the opportunity to consider such a situation in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39 ("*Morin*"). That case involved a claim that certain employees were discriminated against by the addition of a new term to the collective agreement. The majority held that the labour arbitrator did not have exclusive jurisdiction on application of the principles discussed in *Weber*. In no uncertain terms, McLachlin C.J. wrote that *Weber* "does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes" (para. 11). While I disagreed with the majority's conclusion that the essential character of that dispute was one of human rights, I agree completely with this comment. Once it was determined that the dispute, in its essential character, did not arise out of the collective agreement, it clearly followed that the appellant's recourse to the Quebec Human Rights Tribunal was to be preserved.

73 *Morin* confirms that the simple fact a dispute arises out of an employee's conditions of employment is insufficient to trigger the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator. What is more, even where elements in a dispute arise specifically out of the collective agreement, the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator will not arise unless the *essential character* of the claim arises out of the collective agreement. It is not enough to say that the employee would not be here *but for* this collective agreement. If the appellants are to succeed in the present appeal, they will need to go further than showing a mere connection between the respondent's claim and the provisions of the collective agreement.

du second. Or, en ce qui concerne cette question, la jurisprudence est on ne peut plus claire. Certains des droits que possède un employé à l'égard de son employeur, même des droits qui concernent son emploi, ne relèvent pas de la compétence de l'arbitre des griefs : voir *Weber*, par. 54; *Regina Police Assn.*, par. 24. Notre Cour a été appelée à statuer sur une affaire de cette nature dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39 (« *Morin* »). Dans cette cause, certains employés se plaignaient du caractère discriminatoire d'une clause ayant été ajoutée à leur convention collective. La majorité a statué que, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Weber*, le litige ne ressortissait pas exclusivement à l'arbitre. La juge en chef McLachlin a d'ailleurs précisé en des termes non équivoques que, dans l'affaire *Weber*, notre Cour « n'a pas dit [. . .] que la compétence de l'arbitre en droit du travail à l'égard d'un conflit de travail est toujours exclusive » (par. 11). Même si je n'ai pas souscrit à la conclusion de la majorité suivant laquelle le litige, par son essence, portait sur les droits de la personne, je suis tout à fait d'accord avec cette observation. Une fois établi que, par son essence, le litige ne découlait pas de la convention collective, il s'ensuivait clairement que le Tribunal des droits de la personne du Québec était régulièrement saisi du recours de l'appelant.

L'arrêt *Morin* confirme que le simple fait qu'un différend concerne les conditions de travail d'un employé ne fait pas en sorte que ce différend est du ressort exclusif de l'arbitre de griefs. Qui plus est, même lorsque certains aspects du différend découlent effectivement d'une convention collective, ce n'est que si l'*essence* de la demande en découle que l'arbitre de griefs aura compétence exclusive. Il ne suffit pas de dire *si ce n'était* de la convention collective, l'employé ne serait pas devant le tribunal. Pour avoir gain de cause dans le présent pourvoi, les appelants ne peuvent par conséquent se contenter d'établir l'existence d'un simple lien entre la demande de l'intimé et les clauses de la convention collective.

3. The Labour Arbitrator Does Not Have Exclusive Jurisdiction Over the Respondent's Claim

The claim advanced by the respondent concerns the financing of the fund associated with the Plan (the "Fund"). Specifically, and as my colleague ably describes (at para. 8), this dispute concerns the legality of various actions taken by the appellant university that served, according to the respondent, to deprive the Fund beneficiaries of more than $70,000,000. The respondent wants these actions to be declared null, with the appropriate amounts being returned to the Fund.

This is not a straightforward situation. Nobody contests that unions can and do negotiate various provisions of a pension plan as part of their collective bargaining strategies. The appellant university has been able to identify a few such issues in its own negotiations with unions — but they do not include the financing issues at the heart of the respondent's claim. Further, all parties recognize that a given union could negotiate pension benefits that would apply to its members exclusively and that, in such a case, it would be the responsibility of the employer to deliver those benefits in a way that did not run afoul of its agreements with other unions. At the same time, however, it is beyond doubt that the only forum with jurisdiction to hear this claim by the non-unionized employees interested therein is the Quebec Superior Court.

The question before us is therefore whether this particular dispute implicates collective agreement issues that would necessitate dividing jurisdiction between the courts and labour arbitrators, or whether it is more principled to locate the essence of this particular pension dispute outside the collective agreement. According to *Weber*, the labour arbitrator will enjoy exclusive jurisdiction only if the essential character of the respondent's claim can properly be reduced to a matter arising out of a single collective agreement, concluded between a single union and the employer. I conclude that this is not the case for the respondent's claim.

3. L'arbitre de griefs n'a pas compétence exclusive sur la demande de l'intimé

74 La demande de l'intimé concerne le financement de la caisse de retraite constituée pour le Régime de retraite (la « caisse de retraite »). Plus particulièrement, comme l'explique fort bien mon collègue (par. 8), le différend concerne la légalité de différentes mesures prises par l'université appelante qui auraient eu pour effet, selon l'intimé, de priver les bénéficiaires de la caisse de retraite d'une somme totalisant plus de 70 000 000 $. L'intimé cherche à faire déclarer nulles ces mesures et à forcer l'université appelante à rembourser à la caisse de retraite la somme en question.

75 La situation n'est pas simple. Personne ne conteste que, dans le cadre de négociations collectives, les syndicats peuvent négocier diverses clauses d'un régime de pension, et qu'effectivement ils le font. L'université appelante a donné quelques exemples de telles questions ayant fait l'objet de négociations entre elle et certains syndicats, dont aucun ne porte toutefois sur la question du financement au cœur du présent pourvoi. De plus, toutes les parties reconnaissent qu'un syndicat donné pourrait négocier des prestations de retraite pour le bénéfice exclusif de ses membres et que, dans un tel cas, il reviendrait à l'employeur de faire en sorte que le paiement de ces prestations ne contrevienne pas à ses ententes avec d'autres syndicats. Il ne fait aucun doute, en revanche, que le seul tribunal compétent pour entendre la demande faisant l'objet du présent pourvoi et émanant des employés non syndiqués intéressés est la Cour supérieure du Québec.

76 Notre Cour doit donc décider si le différend soulève des questions relatives à une convention collective qui commandent un partage de compétence entre les tribunaux judiciaires et les arbitres de griefs ou si, compte tenu des principes applicables, il y a plutôt lieu de conclure que l'essence du litige ne réside pas dans la convention collective. Selon l'arrêt *Weber*, l'arbitre de griefs aura compétence exclusive seulement si on peut conclure à bon droit que la demande de l'intimé se rapporte dans son essence à une seule convention collective, conclue entre un syndicat donné et l'employeur. J'estime que tel n'est pas le cas en l'espèce.

3.1 *The Respondent's Claim Implicates the Fund as an Indivisible Patrimony*

77 The Fund itself is a single entity. It constitutes one patrimony from which all beneficiaries are entitled to benefit: see s. 6 of the *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1; art. 1261 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Neither in fact nor in law can it be understood as the amalgam of various parts, each one associated with a particular employment agreement. It is one indivisible whole.

78 The indivisibility of the Fund is central to an understanding of the respondent's claim against the appellant university. To be precise, it explains why the respondent's claim is shared by every other beneficiary of the Fund. After all, there are nine different unions and hundreds of different employees who are interested in this claim. There are nine different collective agreements and hundreds of different employment contracts that entitle beneficiaries to a share in the Fund. But when it comes to the respondent's claim against the appellant university, these differences all disappear. It is not simply that the other beneficiaries have an interest in the respondent's claim, in the way that a manager may have an interest in how labour disputes get resolved (see LeBel J.'s reasons, at para. 41). All Fund beneficiaries share the *same claim*. This is because the claim arises out of the single Fund, not the diverse employment relationships and union affiliations of the beneficiaries. If the Fund is under financed, regardless of their collective agreement or employment contract, the beneficiaries are all affected in the same way. Equally, a decision on the respondent's claim affects all Fund beneficiaries: as my colleague notes,

> should one arbitrator decide a grievance filed by one of the unions in the union's favour, all the employees would benefit indirectly from this award, since all the money wrongfully taken from the pension fund would be returned. [para. 60]

3.1 *La demande de l'intimé concerne la caisse de retraite en tant que patrimoine indivisible*

La caisse de retraite est une entité en soi. Il s'agit d'un patrimoine constitué au profit des bénéficiaires : voir l'art. 6 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraites*, L.R.Q., ch. R-15.1; art. 1261 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Elle ne peut être considérée — que ce soit en fait ou en droit — comme un amalgame de plusieurs éléments dont chacun est associé à un contrat de travail particulier. Il s'agit d'un tout indivisible.

On ne saurait comprendre le recours intenté par l'intimé contre l'université appelante sans tenir compte de cette indivisibilité de la caisse de retraite. Plus précisément, c'est en raison de cette caractéristique que la demande de l'intimé intéresse tous les autres bénéficiaires de la caisse de retraite. Après tout, la demande concerne neuf syndicats et des centaines d'employés. Neuf conventions collectives et des centaines de contrats de travail donnent aux bénéficiaires le droit de profiter de la caisse de retraite. Mais du point de vue du recours que l'intimé a intenté contre l'université appelante, la multiplicité des intéressés et des ententes devient sans pertinence. Ce n'est pas simplement que les autres bénéficiaires sont concernés par la demande de l'intimé, comme les cadres d'une entreprise peuvent être touchés par l'issue d'un conflit de travail (voir les motifs du juge LeBel, au par. 41). Tous les bénéficiaires, en effet, sont concernés par la *même demande*. Il en est ainsi parce que la demande se rapporte à la même caisse de retraite et ne résulte pas des différentes relations d'emploi et affiliations syndicales des bénéficiaires. Un éventuel sous-financement de la caisse de retraite aura les mêmes conséquences pour tous les bénéficiaires, indépendamment de leur convention collective ou de leur contrat de travail. De même, une décision rendue sur la demande de l'intimé touchera tous les bénéficiaires : comme le fait remarquer mon collègue,

> dans l'hypothèse où un arbitre rendrait une décision relative à un grief déposé par l'un des syndicats concernés et se prononcerait en faveur de celui-ci, l'ensemble des salariés bénéficierait indirectement de cette sentence arbitrale, étant donné que la totalité des sommes prélevées sans droit serait remise à la caisse de retraite. [par. 60]

In my view, this confirms that the respondent's claim transcends the specific collective agreement or employment contract that forms the basis of an employee's entitlement.

The conclusion I reach does not ignore the role that the respondent's collective agreement plays in his claim. I recognize that the respondent's relationship to the appellant university is the reason why he cares about the Fund: *but for* his employment, he would not have any interest in the financing of the Fund. Yet, his collective agreement means nothing more to this claim; it is hardly its essential character. The issues involved in the respondent's claim are completely independent of the collective agreement and relate directly to the indivisible Fund. They are not the product of the bilateral labour negotiations that resulted in the collective agreement, nor could they be, given that employees with different collective agreements and employment contracts all share in them equally. As Binnie J. wrote in *Goudie v. Ottawa (City)*, [2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14, where this Court held a pre-employment agreement to be outside the jurisdiction of the labour arbitrator, "[s]uch disputes are foreign to the collective agreement and are not embraced by the legislative intent favouring arbitration" (para. 24).

On the facts before us, the presence of a single Fund, in contrast with the multiple collective agreements and employment contracts that were concluded well after it was created, helps identify that the essential character of the respondent's claim arises out of the Plan. Because the Fund is indivisible, and because more than one collective agreement seeks to regulate access to the pre-existing Fund, no single collective agreement could purport to alter or affect the Fund itself. To do so would be to let the parties to that collective agreement dictate the content of the Fund for all other beneficiaries. Likewise, to find jurisdiction for the respondent's claim on the basis of his collective agreement would be to let the labour arbitrator dictate the content of the Fund for beneficiaries beyond his/her jurisdiction. A dispute that transcends the

Cette observation confirme à mon avis que la demande de l'intimé transcende la convention collective ou le contrat de travail à l'origine de la participation de l'employé au régime.

La conclusion à laquelle j'arrive ne fait pas abstraction du rôle que joue la convention collective de l'intimé dans sa demande. Je reconnais que c'est en raison de son lien avec l'université appelante que l'intimé s'intéresse à la caisse de retraite : *si ce n'était* de son emploi, le financement de la caisse de retraite ne le concernerait aucunement. Mais la convention collective de l'intimé n'a aucune autre incidence sur la demande; elle n'en concerne vraiment pas l'essence. Les questions que soulève la demande de l'intimé existent tout à fait indépendamment de la convention collective, et elles sont directement liées à la caisse de retraite indivisible. Elles ne découlent pas ni ne pourraient découler des négociations bilatérales qui ont conduit à la signature de la convention collective, étant donné qu'elles intéressent au même titre des employés visés par de multiples contrats de travail et conventions collectives. Comme l'a écrit le juge Binnie dans *Goudie c. Ottawa (Ville)*, [2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14 — où notre Cour a statué qu'une entente de préemploi n'était pas du ressort de l'arbitre de griefs, — « [ce] genre de litige est étranger à la convention collective et n'est pas visé par l'intention du législateur de privilégier l'arbitrage » (par. 24). 79

Le contexte factuel de la présente affaire — d'un côté la présence d'une seule caisse de retraite, de l'autre la présence de multiples conventions collectives et contrats d'emploi conclus bien après sa création — permet de conclure que, dans son essence, la demande de l'intimé découle du Régime de retraite. Du fait que la caisse de retraite est indivisible et que plusieurs conventions collectives visent à régir l'accès à la caisse de retraite préexistante, aucune convention collective ne saurait à elle seule prétendre y apporter des modifications ou y porter atteinte. Cela reviendrait en effet à laisser les parties à cette convention collective déterminer pour tous les autres bénéficiaires le contenu de la caisse de retraite. De même, se baser sur la convention collective pour conclure que l'arbitre de griefs a compétence pour entendre la demande de 80

collective agreement cannot be dealt with as if it affected only the one union. This insight, of course, is nothing new. It is merely an application of the holding in *Weber*.

3.2 *Recourse to the Labour Arbitrator Presumes the Simplicity of a Single Union Situation or the Specificity of the Dispute to a Single Collective Agreement Negotiation*

81 The respondent's claim against the appellant university cannot be reframed as a bilateral labour dispute that conforms to the paradigm of labour arbitration.

82 This is not to suggest that pension disputes will necessarily, or even usually, fall outside the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator. I agree with my colleague that the jurisprudence in Quebec and elsewhere in Canada supports the notion that pension disputes are often arbitrable. However, this will only be the case where the pension dispute does not transcend the collective agreement in question. Each case must be analyzed on its facts because it is always possible for a pension dispute to arise independently of the collective agreement: compare *Lacroix v. Société Asbestos ltée* (2004), 43 C.C.P.B. 267 (Que. C.A.).

83 Where there is one pension plan that applies wholly and uniquely to a single bargaining unit, it will be comparatively easy to contend that the pension dispute arises out of the collective agreement between the employer and the union. The union, after all, represents all the members of the pension plan and bargains for the content of this plan on their behalf. To say the labour arbitrator lacks jurisdiction simply because the totality of the plan is not found on the paper labelled "Collective Agreement" would be unduly formalistic, and would ignore this Court's instruction that the essential character of

l'intimé aurait pour effet de permettre à l'arbitre de déterminer, à l'égard de bénéficiaires qui ne relèvent pas de sa compétence, le contenu de la caisse de retraite. Un différend qui transcende la convention collective ne saurait être abordé comme s'il ne regardait que le syndicat lié par cette convention. Cette façon de considérer la question n'a bien sûr rien de nouveau. Il s'agit simplement d'une application des principes énoncés dans l'arrêt *Weber*.

3.2 *Le recours à l'arbitrage présume soit la simplicité d'une situation où il y a un seul syndicat, soit le fait que le litige ne concerne que la négociation d'une convention collective*

On ne saurait considérer la demande de l'intimé contre l'université appelante comme un conflit de travail bilatéral correspondant au paradigme de l'arbitrage.

Cela ne veut pas dire que les mésententes relatives au régime de retraite échapperont nécessairement, ou même souvent, à la compétence exclusive de l'arbitre de griefs. Je suis d'accord avec mon collègue : il ressort de la jurisprudence du Québec et d'autres provinces canadiennes que les différends relatifs aux régimes de retraite sont souvent arbitrables. Mais il faut pour cela que le litige ne transcende pas la convention collective en cause. Chaque affaire doit être analysée sous l'angle des faits parce qu'il est toujours possible qu'un différend relatif à un régime de retraite ne soit pas lié à la convention collective : voir à titre comparatif *Lacroix c. Société Asbestos ltée* (2004), 43 C.C.P.B. 267 (C.A. Qué.).

Lorsqu'un régime de retraite s'applique entièrement et uniquement à une unité de négociation, il est relativement facile de soutenir que le différend découle de la convention collective liant l'employeur et le syndicat. Après tout, le syndicat représente tous les participants au régime de retraite et il négocie le contenu du régime en leur nom. Il serait trop formaliste de dire que l'arbitre de griefs n'a pas compétence simplement parce que le régime n'est pas intégralement décrit dans le document intitulé « convention collective »; et on se trouverait ainsi à faire abstraction des directives

the dispute need only "implicitly" arise out of the collective agreement to bestow exclusive jurisdiction on the labour arbitrator: see *Regina Police Assn.*, at para. 25.

Additionally, even if the pension plan in question has some other elements that transcend a single union's negotiations, a labour arbitrator will possess exclusive jurisdiction over a dispute that concerns an issue specific to a given collective agreement. For instance, an employer may have negotiated access to the pension plan differently with one union than with another. A dispute surrounding this unique provision, being rooted in the discrete collective agreement that binds the parties, can be considered in isolation without affecting the rights of those persons not bound by that collective agreement. The labour arbitrator will enjoy exclusive jurisdiction over this issue.

These two situations where pension matters often fall to the labour arbitrator — i.e., where there is a single union involved and where the issues in dispute are unique to a single collective agreement negotiation — are merely instances of the rule in *Weber*. They are situations where the pension matters in dispute may properly be said to fall within the ambit of negotiations between the unions and the employers and the collective agreements that resulted therefrom. This is precisely what happened in those cases cited by my colleague LeBel J. In *J.M. Asbestos inc. v. Lemieux*, [1986] Q.J. No. 613 (QL) (C.A.), *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 v. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306 (Que. C.A.), *Emerson Electric Canada ltée v. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, and *Hydro-Québec v. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610, the scope of the disputes was restricted to issues arising out of, and thus the persons bound by, the applicable collective agreements. The same cannot be said about the respondent's claim, where the essential character of the dispute transcends the collective agreement. In fact, this difference has not escaped the

énoncées par notre Cour suivant lesquelles il suffit que l'essence d'un litige découle « implicitement » de la convention collective pour conférer compétence exclusive à l'arbitre de griefs : voir *Regina Police Assn.*, par. 25.

84 De plus, même si le régime de retraite en question comporte des éléments qui transcendent les négociations d'un syndicat, l'arbitre de griefs aura compétence exclusive sur le différend si celui-ci concerne une question se rattachant spécifiquement à une convention collective donnée. Par exemple, un employeur pourrait avoir négocié, avec plusieurs syndicats, des clauses différentes en ce qui a trait à l'accès au régime de retraite. Parce qu'elle résulterait de la convention collective spécifique liant les parties, une mésentente concernant cette clause particulière pourrait être examinée isolément, sans que cela n'ait d'incidence sur les droits des personnes non visées par la convention collective en question. L'arbitre de griefs aurait donc compétence exclusive sur le litige.

85 Ces deux situations où des questions relatives au régime de retraite ressortissent souvent à l'arbitre de griefs — c'est-à-dire celle où un seul syndicat est concerné et celle où l'objet du litige se rattache à une seule convention collective — sont simplement des cas d'application de l'arrêt *Weber*. Il s'agit de situations où on peut à juste titre dire que les questions relatives au régime de retraite relèvent des négociations entre les employeurs et les syndicats ainsi que des conventions collectives qui en ont résulté. C'est précisément ce qui est arrivé dans les arrêts cités par mon collègue le juge LeBel. Dans les affaires *J.M. Asbestos inc. c. Lemieux*, [1986] J.Q. nº 613 (QL) (C.A.), *Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Amérique ltée* (2000), 28 C.C.P.B. 306 (C.A. Qué.), *Emerson Electric Canada ltée c. Foisy* (2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12, et *Hydro-Québec c. Corbeil* (2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610, les litiges ne portaient que sur des questions découlant des conventions collectives applicables et concernaient donc uniquement les personnes liées par celles-ci. On ne peut en dire autant de la demande de l'intimé, étant donné qu'en l'espèce l'essence du

Quebec courts: both the Quebec Court of Appeal, in the *Hydro-Québec* appeal (at paras. 31-32) cited by LeBel J., and the Quebec Superior Court, in the *Foisy* decision ((2005), 50 C.C.P.B. 261, at para. 83) that was affirmed in the brief appeal judgment cited by LeBel J., explicitly made this distinction part of their rulings.

86 The present situation is more closely analogous to one where a collective agreement includes a benefit for employees that is external to that agreement — for example, where an insurance policy is incorporated into the collective agreement. In both situations, *but for* the collective agreement, the employee would not have the benefit. But in both situations, despite the fact that entitlement to the benefit is tailored to the collective agreement, the contours of the benefit itself have been determined elsewhere. Accordingly, appellate courts have held that even where insurance policies are referenced in a collective agreement, this fact does not transform the insurance dispute into one that arises out of the collective agreement, and does not serve to create jurisdiction for the labour arbitrator over the third-party insurer: see *Vidéotron ltée v. Turcotte*, [1998] Q.J. No. 2742 (QL) (C.A.); *London Life Insurance Co. v. Dubreuil Brothers Employees Assn.* (2000), 49 O.R. (3d) 766 (C.A.); *Elkview Coal Corp. v. U.S.W.A., Local 9346* (2001), 205 D.L.R. (4th) 80, 2001 BCCA 488. Put differently, the union and employer may arbitrate disputes relating to the insurance provisions of the collective agreement; but scrutiny of the insurance policy itself, which implicates broader interests and individuals beyond the collective agreement, is another matter entirely. The same can be said about the Plan. The collective agreements in question may confirm the availability of the Plan for employees, but they do not — and cannot — go so far as to affect the substance of the Plan itself. Nothing prevents a labour arbitrator from claiming exclusive jurisdiction over those matters that arise out of the collective agreement. But nothing justifies this jurisdiction extending beyond that point,

litige transcende la convention collective. Les tribunaux du Québec ont d'ailleurs saisi cette nuance : la Cour d'appel du Québec, dans l'appel *Hydro-Québec* (par. 31-32) cité par le juge LeBel, ainsi que la Cour supérieure du Québec, dans la décision *Foisy* ((2005), 50 C.C.P.B. 261, par. 83), confirmée par la Cour d'appel dans une brève décision également citée par le juge LeBel, font explicitement la distinction.

Le présent cas ressemble davantage à celui où une convention collective prévoit l'octroi d'un avantage à un employé qui n'est pas visé par cette convention — par exemple, lorsqu'une police d'assurance est incorporée à une convention collective. Dans ces deux cas, *si ce n'était* de la convention collective, les employés n'auraient pas droit à l'avantage qu'elle confère. Mais dans les deux cas, en dépit du fait que le droit à l'avantage est fonction de la convention collective, les modalités ont été fixées ailleurs. Les cours d'appel ont donc statué que, même lorsqu'une convention collective contient un renvoi à une police d'assurance, le différend en matière d'assurances ne devient pas de ce fait un différend découlant de la convention collective, et le renvoi ne confère pas à l'arbitre de griefs compétence à l'égard du tiers assureur : voir *Vidéotron ltée c. Turcotte*, [1998] A.Q. nº 2742 (QL) (C.A.); *London Life Insurance Co. c. Dubreuil Brothers Employees Assn.* (2000), 49 O.R. (3d) 766 (C.A.); *Elkview Coal Corp. c. U.S.W.A., Local 9346* (2001), 205 D.L.R. (4th) 80, 2001 BCCA 488. En d'autres termes, le syndicat et l'employeur peuvent soumettre à l'arbitrage des différends portant sur les clauses d'assurance de la convention collective; mais il en va tout autrement de l'examen de la police en tant que telle, qui concerne des intérêts plus larges et des personnes non visées par la convention collective. Ces observations valent pour le Régime de retraite. Les conventions collectives en question confirment sans doute que des employés peuvent se prévaloir du Régime de retraite, mais elles n'ont — et ne peuvent avoir — aucune incidence sur le contenu du Régime de retraite en tant que tel. Rien n'empêche un arbitre de griefs de se déclarer exclusivement compétent sur les questions qui découlent de la convention collective. Mais rien, non plus, ne

either, where the dispute would concern matters and parties that fall well outside the scope of the collective agreement's application. Again, this is nothing more than an application of *Weber*.

3.3 *Conclusion on Jurisdiction*

Based on the foregoing, it is clear to me that the respondent's claim against the appellant university is not one over which the labour arbitrator could enjoy exclusive jurisdiction.

The essential character of the dispute transcends any collective agreement based on which the labour arbitrator could assert exclusive jurisdiction. Any attempt by a labour arbitrator to decide the respondent's claim would call upon the arbitrator to determine issues and bind parties that reach far beyond the individual collective agreement properly in front of him/her. This unique characteristic of the respondent's claim was not present in any of the jurisprudence canvassed by my colleague.

The labour arbitrator does not have jurisdiction over the parties to this dispute either. While LeBel J. restricts the scope of the claim to the respondent and the appellant university (at paras. 47 and 49), with respect, I cannot accede to this reasoning. One cannot simply declare that the labour arbitrator has jurisdiction over the relevant parties by artificially restricting who qualifies as a party. In this pension dispute, all Fund beneficiaries share in this claim and should be involved. The labour arbitrator's jurisdiction does not extend that far.

4. Contradictory Rulings as a Result of the Misapplication of *Weber*

I will conclude my reasons by referring to the possibility of contradictory rulings mentioned by my colleague LeBel J. While he characterizes this

justifie que cette compétence soit étendue au-delà, à l'égard d'un litige relatif à des questions et à des parties qui ne relèvent clairement pas du champ d'application de la convention collective. Une fois encore, il s'agit simplement d'un cas d'application de l'arrêt *Weber*.

3.3 *Conclusion sur la compétence*

87 À la lumière des observations qui précèdent, il ne fait aucun doute à mes yeux que la demande que l'intimé a présentée contre l'université appelante n'est pas une demande à l'égard de laquelle l'arbitre de griefs a compétence exclusive.

88 L'essence du litige transcende toutes les conventions collectives qui pourraient asseoir la compétence exclusive de l'arbitre de griefs. Si un arbitre voulait statuer sur la demande de l'intimé, il devrait nécessairement trancher des questions qui débordent nettement le cadre de la convention collective dont il est régulièrement saisi, et sa décision lierait des tiers. Il s'agit d'une particularité de la demande de l'intimé qui n'était présente dans aucun des arrêts cités par mon collègue.

89 L'arbitre de griefs n'a pas non plus compétence à l'égard des parties au présent litige. Bien que le juge LeBel restreigne la portée de la demande à l'intimé et à l'université appelante (par. 47 et 49), je ne peux, en toute déférence, souscrire à son analyse. On ne peut se contenter d'affirmer que l'arbitre de griefs a compétence à l'égard des parties concernées en restreignant artificiellement la catégorie de ceux qui peuvent être considérées comme des parties. Dans le présent litige relatif à un régime de retraite, tous les bénéficiaires de la caisse de retraite sont concernés par la demande et devraient y participer. Or, la compétence de l'arbitre de griefs n'est pas assez large pour cela.

4. Décisions contradictoires résultant d'une application erronée de l'arrêt *Weber*

90 Je vais conclure mes motifs en traitant de la possibilité de décisions contradictoires évoquée par mon collègue le juge LeBel. Bien qu'il y voie

possibility as an unfortunate consequence of the statutory scheme, I respectfully believe it is a direct consequence of his misapplication of *Weber* to the present facts. I endeavour to show that this risk is inevitable, both in practice and in theory, based on his reasoning.

91 That the risk of contradictory rulings is inevitable in practice should be clear from my colleague's reasons. While he suggests that unions might agree to be bound by a singular arbitration, and while other claims might be discarded as abusive, he also emphasizes that persons not party to the arbitration could not be legally bound by the arbitration (paras. 41, 60-61 and 63). In fact, LeBel J. himself raises the great incentive that employees would have for bringing multiple claims: "Concordia could probably, subject to the limited possible grounds for judicial review by the Superior Court, resolve any conflict by complying with the award least favourable to it" (para. 60 (emphasis added)). With regard to the respondent's claim, so long as the arbitrator renders a decision that is unsatisfactory to one of the remaining eight unions or approximately 350 employees covered by the Plan, one could expect the dispute to be reopened.

92 That the risk of contradictory rulings is inevitable in theory is even more worrisome in my view. This risk arises because LeBel J.'s application of *Weber* yields too many forums with jurisdiction. On the issue "Did the appellant university illegally take money from the Fund?", my colleague decides that its essential character arises out of the collective agreement linking the respondent to the appellant university. But by the same token, the *same issue* must also be said to arise, in its essential character, out of each one of the other collective agreements and employment contracts linking Fund beneficiaries to the appellant university. The result is that the same claim, shared by all Fund beneficiaries but capable of being resolved in only one way, may be decided differently by different

une conséquence fâcheuse des textes législatifs, il s'agit plutôt à mon sens, avec égards pour l'opinion contraire, d'une conséquence directe de la façon erronée dont il applique l'arrêt *Weber* aux faits de la présente affaire. Je vais m'efforcer de démontrer qu'un tel risque est, en pratique autant qu'en théorie, inévitable si on suit son raisonnement.

Le fait que le risque de décisions contradictoires soit inévitable en pratique ressort clairement des motifs de mon collègue. Bien qu'il indique que des syndicats pourraient accepter d'être liés par une seule procédure d'arbitrage et que certaines autres demandes pourraient être jugées abusives et rejetées, il souligne aussi que des personnes non parties à l'arbitrage ne pourraient être juridiquement liées par la sentence arbitrale en découlant (par. 41, 60-61 et 63). D'ailleurs, le juge LeBel fait lui-même allusion au fait que les employés pourraient être fortement incités à exercer des recours multiples : « Concordia pourrait probablement, sous réserve des voies étroites du contrôle judiciaire par la Cour supérieure, régler tout conflit en se conformant à la sentence la moins favorable pour elle » (par. 60 (je souligne)). En ce qui a trait à la demande de l'intimé, on peut s'attendre à ce que le litige soit relancé si la sentence de l'arbitre de griefs n'est pas favorable à l'un des huit autres syndicats ou des quelque 350 employés visés par le Régime de retraite.

Le fait que le risque de décisions contradictoires soit inévitable en théorie est selon moi encore plus préoccupant. L'existence de ce risque tient à ce que, étant donné la façon dont le juge LeBel applique l'arrêt *Weber*, un trop grand nombre d'organes décisionnels se trouvent à avoir compétence en la matière. Sur la question de savoir si l'université appelante s'est appropriée sans droit des sommes provenant de la caisse de retraite, mon collègue conclut que l'essence du litige découle de la convention collective liant l'intimé à l'université appelante. Mais il faut reconnaître du même coup que cette *même question* découle, dans son essence, de chacun des autres contrats de travail et conventions collectives liant les bénéficiaires de la caisse de retraite à l'université appelante. Il s'ensuit que la

arbitrators, each of whom is acting within his/her jurisdiction.

Let me be clear: this is not akin to a situation where different arbitrators interpret a legislative provision differently, or where different arbitrators apply the same legislative provision differently to similar sets of facts. It is not even akin to a situation where the same section of a collective agreement is interpreted one way by an arbitrator seized of one set of facts, and another way by another arbitrator seized of a different set of facts. This would be a situation where the same indivisible Fund would be said to contain a certain amount of money according to one arbitrator, and a different amount of money according to another. Thus, the inconsistency that would plague the respondent's claim is not the kind of inconsistency that troubles courts but still gives litigants clear guidance; it is the kind of inconsistency that purports to resolve *the same, singular claim* in different ways. There is no way of reconciling contradictory orders like this.

An arbitrator faced with deciding the respondent's claim would therefore be confronted with a truly absurd situation. Because his/her jurisdiction would be restricted to the collective agreement before him/her, his/her decision could only bind the persons affected by that collective agreement: *Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec v. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8)*, [2005] Q.J. No. 678 (QL), 2005 QCCA 109, at paras. 38-40; s. 101 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27. Yet, because his/her decision would determine the status of an indivisible Fund that affects parties beyond the collective agreement, his/her decision would effectively bind them as well — unless they chose to seek another

même demande — qui intéresse tous les bénéficiaires de la caisse de retraite mais ne peut être résolue que d'une façon — pourrait être tranchée différemment par plusieurs arbitres agissant chacun dans sa sphère de compétence.

93 Il me paraît utile de préciser que la situation n'a rien de commun avec celle où plusieurs arbitres donnent des interprétations différentes à une disposition législative, ni avec celle où plusieurs arbitres appliquent la même disposition législative différemment dans un contexte factuel similaire. La situation n'a même rien de commun avec celle où, dans des contextes factuels différents, deux arbitres ne donnent pas la même interprétation à la même clause d'une convention collective. En l'espèce, la situation serait plutôt la suivante : un arbitre pourrait décider que la caisse de retraite indivisible contient une certaine somme d'argent, alors qu'un autre arbitre conclurait que cette somme est différente. En conséquence, la contradiction qui entacherait la demande de l'intimé ne serait pas de celles qui, tout en déplaisant aux tribunaux, permettent tout de même aux parties au litige de savoir à quoi s'en tenir. C'est plutôt le type de contradiction par lequel *une seule et même demande* peut être résolue de manières différentes. Il est impossible de concilier des ordonnances contradictoires de cette nature.

94 Un arbitre devant statuer sur la demande de l'intimé se trouverait par conséquent dans une situation véritablement absurde. Sa compétence se limitant à la convention collective qui lui est soumise, seules les personnes visées par celle-ci seraient liées par sa décision : *Syndicat des professionnelles et des professionnels du gouvernement du Québec c. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8)*, [2005] J.Q. nº 678 (QL), 2005 QCCA 109, par. 38-40; art. 101 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27. Pourtant, comme sa décision porterait sur une caisse de retraite indivisible qui intéresse des personnes non visées par la convention collective en question, sa décision lierait aussi dans les faits ces personnes — à moins qu'elles ne décident de demander à un autre arbitre de statuer

determination from another arbitrator, at which point the parties that the original arbitrator sought to bind would be thrust into limbo. This situation is made even worse by two additional facts. First, the appellant university would be a party to all these arbitrations, and thus would be legally bound by all of them. Second, without engaging in a thorough analysis of the applicable standard of review, I would expect that the arbitrators' decisions would be entitled to some deference: compare *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at paras. 34-40; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at paras. 12-16; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 15-30. This means that mutually incompatible decisions that emerge from the arbitrators could not be reconciled on review so long as each one is reasonable (or, perhaps, so long as each one is not patently unreasonable).

95 With respect, I believe a proper application of *Weber* necessarily precludes such a result. By focussing on *the essential* character of the dispute, this Court established that a dispute can only be framed in one way, and jurisdiction is to be decided on that basis. No doubt, this exercise can be artificial at times: the respondent's claim implicates labour interests just as it implicates pension rights. But this exercise is nonetheless absolutely necessary. So long as the essential character of a dispute arises out of a collective agreement, the effect of any one arbitrator's decision can be confined to that collective agreement without giving rise to concerns about contradiction. But if "essential character" is given the broad meaning adopted by my colleague, such that the essential character of a single dispute can be said to arise out of many different sources simultaneously, with each yielding jurisdiction for different forums, the insight of *Weber* is defeated.

96 In my view, the absurd multiplicity of proceedings associated with the respondent's claim is

sur le litige, auquel cas les parties qui devaient être liées directement par la décision du premier arbitre seraient plongées dans l'incertitude. Deux autres faits rendent cette situation encore plus chaotique. Premièrement, l'université appelante serait partie à tous ces arbitrages et elle serait par conséquent liée par chacun d'eux. Deuxièmement, je serais enclin à penser, sans examiner à fond la question de la norme de contrôle applicable, que les décisions des arbitres commanderaient une certaine déférence : voir à titre comparatif *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 34-40; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 12-16; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 15-30. Cela signifie que, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, on ne pourrait concilier des décisions arbitrales contradictoires dans la mesure où chacune d'elles est raisonnable (ou encore, dans la mesure où chacune d'elles n'est pas manifestement déraisonnable).

Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime qu'on ne saurait arriver à un tel résultat si on applique correctement l'arrêt *Weber*. Notre Cour a établi que, si on s'attache à *l'essence* d'un litige, celui-ci ne peut être caractérisé que d'une façon, sur la base de laquelle sera déterminée la compétence. Cette analyse peut certes, dans certains cas, être artificielle : la demande de l'intimé soulève des questions qui touchent à la fois les relations de travail et des droits au matière de pension. Mais elle n'en demeure pas moins incontournable. Pour autant que l'essence du litige résulte d'une convention collective, la décision d'un arbitre peut être restreinte à cette convention collective sans qu'il y ait lieu de se préoccuper d'éventuelles contradictions. Cependant, si on donne à la notion d'« essence » le sens large que mon collègue a retenu, de façon que l'essence d'un litige puisse être considérée comme découlant simultanément de plusieurs sources différentes, chacune d'elles servant d'assise à la compétence de différents organes décisionnels, on perd de vue l'éclairage apporté par l'arrêt *Weber*.

Selon moi, l'extravagante multiplicité de recours associée à la demande de l'intimé est signe que le

symptomatic of a misapplication of the *Weber* test. Bringing the claim in front of the Quebec Superior Court's inherent jurisdiction is the only way to avoid this result because it is the only solution that recognizes that the essential character of this dispute transcends any one collective agreement, and thus the exclusive jurisdiction of any labour arbitrator. It is the only principled and practical way for the respondent's claim to finally be resolved. At the same time, and for the same reason this claim escapes the labour arbitrator's exclusive jurisdiction in the first place, a decision by the Quebec Superior Court will not imperil any of the terms negotiated individually by any of the unions involved. Such matters remain the exclusive domain of the labour arbitrator.

In reaching this conclusion, I do not comment on whether the respondent's proposed class action should be certified as such. That is a matter for the Quebec Superior Court to decide. Accordingly, the possibility that some litigants may opt out of the class action and begin their own court proceedings is irrelevant at this stage. The respondent's claim may be argued individually, authorized as a class action, or joined with independent actions by other beneficiaries; it may even need to be resolved by an appellate court. But whichever of these options ultimately materializes, an application to the Quebec Superior Court is still the only procedure that offers the hope of conclusively settling how the appellant university should finance the Fund.

I also do not purport to decide whether the respondent has a "sufficient interest" to proceed with this claim independently of his union: see art. 55 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. This Court has only been asked to determine whether the Quebec Superior Court has jurisdiction. Now that this has been established, though, that court may still refuse to render judgment if it is not convinced of the sufficiency of the respondent's interest in the claim: see art. 462 of the *Code*

critère de l'arrêt *Weber* n'a pas été correctement appliqué. La seule façon d'éviter un tel résultat est de saisir du litige la Cour supérieure du Québec, en vertu de sa compétence inhérente; il s'agit en effet de la seule solution prenant en compte le fait que l'essence du litige transcende toute convention collective, et partant la compétence exclusive de tout arbitre de griefs. Sur le plan des principes comme sur le plan pratique, il n'y a pas d'autre façon de faire en sorte que la demande de l'intimé soit tranchée de manière définitive. En outre, et pour la même raison qui fait que la présente demande échappe à la compétence exclusive de l'arbitre de griefs, une décision de la Cour supérieure du Québec ne mettra en péril aucune des conditions négociées individuellement par l'un ou l'autre des syndicats concernés. De telles questions demeurent du ressort exclusif de l'arbitre de griefs.

97 En arrivant à cette conclusion, je ne me prononce pas sur la question de savoir si le recours collectif proposé par l'intimé devrait ou non être autorisé. Cette question relève de la Cour supérieure du Québec. Par conséquent, le fait que certains intéressés puissent se retirer du recours collectif pour exercer leur propre recours n'est pas pertinent à ce stade. La demande de l'intimé pourrait être plaidée individuellement, être autorisée comme recours collectif, ou être jointe à des actions indépendantes intentées par d'autres bénéficiaires; une cour d'appel pourrait même être appelée à statuer sur elle. Mais quelle que soit la manière dont les choses se déroulent, l'action engagée devant la Cour supérieure du Québec demeure le seul recours permettant d'espérer une décision définitive sur la façon dont l'université appelante devrait financer la caisse de retraite.

98 Je n'entends pas non plus me prononcer sur la question de savoir si l'intimé possède un « intérêt suffisant » pour exercer un recours indépendamment de son syndicat : voir l'art. 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. On a uniquement demandé à notre Cour de statuer sur la compétence de la Cour supérieure du Québec. Mais maintenant que cette compétence a été établie, la Cour supérieure peut encore refuser de se prononcer si elle n'est pas convaincue que l'intérêt de

of Civil Procedure. Again, any uncertainty concerning the answer to this question cannot serve to remove jurisdiction from the Quebec Superior Court. To the contrary, the Quebec Superior Court is the only forum vested with the jurisdiction to hear this claim whomever may be most suited to advance it.

5. Conclusion

99 While a labour arbitrator enjoys exclusive jurisdiction over matters whose essential character arises out of the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement, his/her exclusive jurisdiction does not extend beyond that point. Rather, in such a situation, the inherent jurisdiction of the superior court will be engaged. In the present appeal, the respondent's claim transcends the collective agreement binding him to the appellant university and directly implicates the Fund of which he is but one of many beneficiaries. The essential character of this dispute cannot be said to arise out of a collective agreement.

100 I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE *and* BINNIE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant/respondent Concordia University: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondent/appellant Concordia University Faculty Association: Keenan Lehrer, Montréal.

Solicitors for the respondent Richard Bisaillon: Pépin & Roy, Montréal.

l'intimé est suffisant : voir l'art. 462 du *Code de procédure civile.* Ici encore, toute incertitude relative à la réponse à cette question ne saurait être invoquée pour priver la Cour supérieure du Québec de sa compétence. Au contraire, la Cour supérieure du Québec est le seul tribunal pouvant connaître de la demande, et ce, quelle que soit la personne la mieux placée pour la plaider.

5. Conclusion

Bien que l'arbitre de griefs ait compétence exclusive sur les litiges qui, dans leur essence, relèvent de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective, là s'arrête cette compétence. Pour les autres litiges, c'est la compétence inhérente de la cour supérieure qui entre en jeu. Dans le présent pourvoi, la demande de l'intimé transcende la convention collective qui le lie à l'université appelante et elle touche directement la caisse de retraite dont il n'est qu'un bénéficiaire parmi d'autres. On ne saurait dire que l'essence du litige découle d'une convention collective.

Je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE *et* BINNIE *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante/intimée l'Université Concordia : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal; Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intimée/appelante l'Association des professeurs de l'Université Concordia : Keenan Lehrer, Montréal.

Procureurs de l'intimé Richard Bisaillon : Pépin & Roy, Montréal.

Ontario (Minister of Finance) *Appellant*

v.

Placer Dome Canada Limited *Respondent*

INDEXED AS: PLACER DOME CANADA LTD. *v.* ONTARIO (MINISTER OF FINANCE)

Neutral citation: 2006 SCC 20.

File No.: 30580.

2005: November 17; 2006: May 25.

Present: Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Taxation — Mining tax — Hedging — Whether definition of "hedging" in mining tax legislation restricted to transactions that result in delivery of output of mine — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

Statutes — Interpretation — Taxation legislation — Administrative practices — Presumption against tautology — Meaning of definition of "hedging" in mining tax legislation — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

In late 1993, PDC entered into an agreement with its parent company, PDI, whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. On or shortly after entering into those transactions, PDI allocated them to PDC. The total net gains that PDC realized from those transactions were $6,423,000 in 1995 and $11,440,000 in 1996. At the time, the Minister of Finance's own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of "hedging" unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. Consistent with this practice, PDC excluded the gains from its computation of profits under the Ontario *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By

Ontario (Ministre des Finances) *Appelante*

c.

Placer Dome Canada Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ : PLACER DOME CANADA LTD. *c.* ONTARIO (MINISTRE DES FINANCES)

Référence neutre : 2006 CSC 20.

N° du greffe : 30580.

2005 : 17 novembre; 2006 : 25 mai.

Présents : Les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

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

Droit fiscal — Impôt sur l'exploitation minière — Couverture — La définition du terme « couverture », figurant dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière, vise-t-elle uniquement les opérations donnant lieu à la livraison de la production d'une mine? — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

Législation — Interprétation — Loi fiscale — Pratiques administratives — Présomption d'absence de tautologie — Sens de la définition du terme « couverture » dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

À la fin de 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 $ en 1995 et à 11 440 000 $ en 1996. À l'époque, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n'étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. Conformément à cette pratique administrative, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l'impôt sur*

the time PDC was reassessed in 2000, the policy had changed. Under the new policy, transactions constitute hedging so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. The Minister thus sought to include the gains in PDC's profits for the tax years in question. PDC unsuccessfully appealed this reassessment before the Superior Court of Justice. The trial judge found that the transactions at issue fell within the statutory definition of hedging because there was a nexus or "some link" between the output of the mines and the financial transactions. A majority of the Court of Appeal set aside the decision and allowed PDC's appeal, concluding that the definition of hedging was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine.

Held: The appeal should be allowed.

The definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds" of mining operations. Under the Act, "hedging" is defined in terms of a number of components, including "the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale". The expression "fix the price" cannot mean simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. If so, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of "hedging" as the price received upon delivery of the output would clearly fall within all "consideration that is received . . . from the output of the mine", the first component of the definition of "proceeds", and within "all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine", the third component. A court should avoid adopting an interpretation that renders any portion of a statute meaningless or redundant and, in this case, the presumption against tautology carries considerable weight. [3] [43-46]

The broader interpretation of "hedging" is consistent with the context of the statutory definition. In

l'exploitation minière de l'Ontario pour le motif que les opérations en cause n'avaient donné lieu à aucune livraison d'or. Au moment où PDC a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 2000, la politique avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de couverture pour autant qu'elles soient conclues avant la livraison de la production et que le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d'imposition en question. PDC a appelé sans succès de cette nouvelle cotisation devant la Cour supérieure de justice. Le juge de première instance a conclu que les opérations en cause étaient visées par la définition légale du terme « couverture » en raison de l'existence d'un lien entre la production des mines et les opérations financières. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé cette décision et accueilli l'appel de PDC, statuant que la définition du terme « couverture » ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Cette interprétation permet d'éviter la redondance entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d'activités d'exploitation minière. La définition légale du terme « couverture » comporte un certain nombre d'éléments dont « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ». L'expression « fixer le prix » ne peut pas signifier simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. Si tel était le cas, le législateur n'aurait pas eu besoin d'inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par toute « contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition). Les tribunaux devraient éviter d'adopter une interprétation qui dépouille une partie d'une loi de tout son sens ou qui la rend redondante, et, en l'espèce, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable. [3] [43-46]

L'interprétation large du terme « couverture » s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En

addition to "the fixing of a price . . . by means of a forward sale", the definition of "hedging" refers to "the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange", "the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine" and "does not include speculative currency hedging". It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. [47]

In light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of "hedging" must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The "some link" test applied by the trial judge is an appropriate response to the gap left in the Act by the failure to express more clearly what constitutes the "fixing of a price" for output of a mine. [49]

The shift in the Minister's administrative practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice. [40]

Cases Cited

Considered: *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; **distinguished:** *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54; *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **referred to:** *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Johnston*

plus de mentionner « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen d'une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen [. . .] d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue » et de « l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison. De même, l'achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d'une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. [47]

Compte tenu de l'économie et du contexte de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l'existence d'un lien » appliqué par le juge de première instance constitue un bon moyen de combler le vide que la Loi a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu'est la « fixation d'un prix » pour la production d'une mine. [49]

La modification de la pratique administrative du ministre témoigne de l'ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d'outil d'interprétation, si ce n'est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n'est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n'est pas déterminante quoiqu'elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d'un texte législatif. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d'un sens, le ministre n'est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; **distinction d'avec les arrêts :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54; *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL); **arrêts mentionnés :** *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S.

v. M.N.R., [1948] S.C.R. 486; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Hill v. William Hill (Park Lane) Ld.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 53.
Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 80(18).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 152(8).
Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, ss. 1(1) "hedging", "proceeds", 3(1), (5), 8(7).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, c. 140, s. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb), 1(7)(j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, ss. 1(*f*), 4(1).

Authors Cited

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. "The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada" (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. "A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options" (1997), 1017 PLI/Corp 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Gillese, Armstrong and Blair JJ.A.) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), setting aside a decision of Cullity J. (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Appeal allowed.

Anita C. Veiga and *Leslie M. McIntosh*, for the appellant.

Al Meghji, *Mahmud Jamal* and *Jacqueline Code*, for the respondent.

622; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Hill c. William Hill (Park Lane) Ld.*, [1949] A.C. 530; *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 53.
Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture », « recettes », 3(1), (5), 8(7).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 152(8).
Loi sur l'imposition des corporations, L.R.O. 1990, ch. C.40 [maintenant *Loi sur l'imposition des sociétés*], art. 80(18).
Mining Tax Act, 1972, S.O. 1972, ch. 140, art. 3(3).
Mining Tax Amendment Act, 1987, S.O. 1987, ch. 11, art. 1(4)cb), 1(7)j).
Regulation Made Under the Mining Tax Act, 1972, O. Reg. 126/75, art. 1*f*), 4(1).

Doctrine citée

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto : Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2).
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2005.
Kraus, Brent W. « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto : Carswell, 2004.
Smithson, Charles W. « A Building Block Approach to Financial Engineering : An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 PLI/Corp 9.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Gillese, Armstrong et Blair) (2004), 190 O.A.C. 157, [2004] O.J. No. 3554 (QL), qui a annulé une décision du juge Cullity (2002), 61 O.R. (3d) 628, [2002] O.J. No. 3690 (QL). Pourvoi accueilli.

Anita C. Veiga et *Leslie M. McIntosh*, pour l'appelante.

Al Meghji, *Mahmud Jamal* et *Jacqueline Code*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

The issue at the core of this appeal concerns the proper interpretation of "hedging" in s. 1(1) of the *Mining Tax Act*, R.S.O. 1990, c. M.15, in order to determine the scope of the tax base under the Act. Hedging, as it is commonly understood, refers to transactions that offset financial risk inherent in other transactions, such as price risk or foreign exchange risk. In the present case, the Court is called upon to determine whether the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* is informed by, or is narrower than, the commonly understood meaning of the term. Specifically, the Court must decide whether the statutory definition is restricted to transactions that result in the physical delivery of the output of an Ontario mine or includes profits derived from "hedging" programs in respect of mining operations.

Until 1998, the Minister of Finance's own administrative practice excluded financial transactions from the statutory definition of "hedging" unless those transactions resulted in the delivery of output from an Ontario mine. In 1995 and 1996, Placer Dome Canada Limited ("PDC") realized gains of $6,423,000 and $11,440,000, respectively, from certain financial transactions. Consistent with the Minister's administrative practice prevailing at the time, it excluded those gains from its computation of profits under the *Mining Tax Act* because no gold had been delivered pursuant to those transactions. By the time PDC was reassessed in 2000, the Minister's policy had changed. Under the new policy, transactions constitute "hedging" so long as they are entered into prior to the delivery of output and to the extent that the volume of the transactions does not exceed the productive capacity of the Ontario mine. This would mean that certain non-speculative transactions which fix the ultimate

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de l'interprétation qui doit être donnée au terme « couverture », figurant au par. 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, L.R.O. 1990, ch. M.15, pour déterminer l'étendue de l'assiette fiscale prévue par la Loi. Le terme « couverture » désigne généralement les opérations destinées à compenser l'exposition au risque inhérent à d'autres opérations, tel le risque de prix ou de change. En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer si la définition de « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* s'inspire de l'acception courante de ce terme ou si elle a une portée plus restreinte. Plus précisément, notre Cour doit décider si la définition légale vise uniquement les opérations donnant lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne ou si elle comprend également les bénéfices tirés de programmes de « couverture » concernant des activités d'exploitation minière. 1

Jusqu'en 1998, selon la pratique administrative suivie par le ministre des Finances, les opérations financières n'étaient pas visées par la définition légale du terme « couverture », sauf si elles donnaient lieu à la livraison de la production d'une mine ontarienne. En 1995 et 1996, Placer Dome Canada Limited (« PDC ») a effectué certaines opérations financières qui lui ont permis de réaliser des gains de 6 423 000 $ et de 11 440 000 $ respectivement. Conformément à la pratique administrative suivie par le ministre à l'époque, PDC a exclu ces gains du calcul de ses bénéfices sous le régime de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* pour le motif que les opérations en cause n'avaient donné lieu à aucune livraison d'or. Au moment où PDC a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 2000, la politique du ministre avait changé. Selon la nouvelle politique, des opérations constituaient des opérations de « couverture » pour autant qu'elles soient conclues avant la livraison de la production et que 2

price of mine output would fall within the statutory definition of "hedging", even if such transactions did not result in the physical delivery of output. Thus, the Minister sought to include the gains in PDC's profits for the tax years in question. PDC appealed this reassessment. Although PDC was unsuccessful before Cullity J. of the Ontario Superior Court of Justice, a majority of the Court of Appeal for Ontario allowed PDC's appeal.

3 I conclude that the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* extends to transactions that do not result in the physical delivery of output from an Ontario mine. This interpretation avoids the redundancy that results, on PDC's interpretation, between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds" of mining operations. Moreover, it ensures that resources are taxed at their "locked in" value or their "realized price".

II. Background

4 PDC is a wholly owned subsidiary of Placer Dome International ("PDI"). PDI has approximately 50 direct and indirect subsidiaries around the world and, together with those subsidiaries, is engaged in the international exploration, production and sale of gold. In 1995 and 1996, PDC, or a predecessor prior to an amalgamation, operated three mines in Ontario: the Campbell Red Lake underground mine, the Detour Lake mine and the Dome mine. It also operated the Sigma gold mine in Quebec and the Endako molybdenum mine in British Columbia, and owned all the shares of a corporation that operated the Kiena gold mine in Quebec.

5 It is not disputed by the parties that all the gold produced by PDC in 1995 and 1996 was sold to bullion dealers at, or approximately at, the spot market

le volume de ces opérations ne dépasse pas la capacité de production de la mine ontarienne. Cela signifiait que la définition légale du terme « couverture » s'appliquerait à certaines opérations non spéculatives fixant le prix final de la production de la mine, même si ces opérations n'aboutissaient pas à la livraison physique de cette production. En conséquence, le ministre a cherché à inclure les gains dans les bénéfices de PDC pour les années d'imposition en question. PDC a appelé de cette nouvelle cotisation. Elle n'a pas eu gain de cause devant le juge Cullity de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont accueilli son appel.

Je conclus que la définition de « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* vise les opérations qui ne donnent pas lieu à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Cette interprétation permet d'éviter la redondance que l'interprétation préconisée par PDC crée entre les définitions des termes « couverture » et « recettes » provenant d'activités d'exploitation minière. De plus, elle garantit que les ressources seront imposées en fonction de leur valeur « arrêtée » ou de leur « prix de réalisation ».

II. Contexte

PDC est une filiale en propriété exclusive de Placer Dome International (« PDI »). PDI compte, dans le monde, environ 50 filiales directes et indirectes avec lesquelles elle exerce des activités d'exploration de gisements aurifères ainsi que de production et de vente d'or à l'échelle internationale. En 1995 et en 1996, PDC, ou une société qu'elle a remplacée à la suite d'une fusion, exploitait trois mines en Ontario : la mine souterraine de Campbell Red Lake, la mine de Detour Lake et la mine Dome. Elle exploitait également la mine d'or Sigma au Québec et la mine de molybdène Endako en Colombie-Britannique, en plus de détenir la totalité des actions d'une société exploitant la mine d'or Kiena au Québec.

Les parties ne contestent pas que tout l'or produit par PDC en 1995 et en 1996 a été vendu à des courtiers en lingots d'or au prix du marché au

price and that none of the gold produced was the subject of a forward sale or a futures contract. At issue in the present case is a series of transactions entered into by PDI on PDC's behalf as part of a comprehensive program designed to manage the risk associated with fluctuations in the spot price of gold. Those transactions included forward contracts, spot deferred contracts, fixed interest floating lease rate contracts, put options and call options. It is common ground that none of these transactions were settled by physical delivery of gold from any of PDC's Ontario mines.

comptant ou à un prix s'en approchant et qu'aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'une vente à terme ou d'un contrat à terme. Le présent litige porte sur une série d'opérations que PDI a conclues pour le compte de PDC dans le cadre d'un vaste programme destiné à gérer le risque lié aux fluctuations du prix au comptant de l'or. Ces opérations comprenaient des contrats à terme de gré à gré, des contrats à livraison différée, des contrats de vente à taux d'intérêt variable fixé à l'échéance, des options de vente et des options d'achat. Il est acquis qu'aucune de ces opérations ne s'est dénouée par une livraison physique d'or provenant de l'une des mines ontariennes de PDC.

On December 21, 1993, PDC entered into an agency agreement with PDI whereby PDI was designated PDC's exclusive agent for the purpose of conducting hedging activity. In 1995 and 1996, pursuant to that agreement, PDI carried out hedging transactions on PDC's behalf in order to protect the PDI Group from fluctuations in the spot price of gold. Under the terms of the agreement, PDI took instruction from PDC as to the amounts of precious metals to be hedged, but was otherwise free to conduct hedging activity on PDC's behalf at its discretion. On or shortly after entering into these transactions, PDI allocated them to PDC. In its internal bookkeeping and financial statements and in computing its income from gold production for the purpose of claiming a resource allowance in its corporate tax returns, PDC, in turn, allocated the transactions among its Canadian mines on the basis of proportionate production from each mine. The gold that was so allocated was less than the actual production from the mines. The total net gains that PDC realized from these transactions were $6,423,000 in 1995 and $11,440,000 in 1996.

6 Le 21 décembre 1993, PDC a, par convention, confié à PDI, sa société mère, le mandat exclusif d'effectuer des opérations de couverture. En 1995 et en 1996, PDI a, conformément à cette convention, effectué pour le compte de PDC des opérations de couverture visant à protéger le groupe PDI contre les fluctuations du prix au comptant de l'or. Aux termes de la convention, PDI recevait des directives de PDC au sujet des quantités de métaux précieux devant faire l'objet d'une opération de couverture, mais elle restait par ailleurs libre d'effectuer à son gré des opérations de couverture au nom de PDC. PDI attribuait ces opérations à PDC au moment où elle les effectuait ou peu de temps après les avoir effectuées. Dans sa comptabilité interne et ses états financiers, de même qu'en calculant le revenu tiré de sa production d'or pour demander une déduction relative aux ressources dans ses déclarations de revenus, PDC attribuait à son tour les opérations à ses différentes mines canadiennes proportionnellement à leur taux de production. La quantité d'or ainsi attribuée demeurait inférieure à la production réelle de ces mines. Les gains nets que PDC a tirés de ces opérations s'élevaient à 6 423 000 $ en 1995 et à 11 440 000 $ en 1996.

III. Legislative Framework and Application of the Law

III. Cadre législatif et application de la Loi

The present appeal concerns only a very specific and limited part of the taxation regime of the mining industry in Canada. Over the years, this industry has seen the rise and fall of a number of

7 Le présent pourvoi ne porte que sur une partie très précise et limitée du régime fiscal de l'industrie minière canadienne. Au fil des ans, cette industrie a vu naître et disparaître un certain nombre de

rules and policies designed to address its particular needs and difficulties. Many of them will be found, for example, in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), more particularly in provisions about the deductibility of Crown royalties or mining taxes and, for a long time, about depletion allowances.

8 Under s. 3(1) of the *Mining Tax Act*, mine operators pay tax based on profit. Profit is defined in s. 3(5) as proceeds less allowable deductions, and "proceeds" is defined in s. 1(1) as follows:

> "proceeds" means the total consideration that is received or is receivable from another person or persons, in any currency, whether in cash or non-cash form, from the output of the mine, including all by-products sold, or the amount determined in the prescribed manner, and all consideration received or receivable from hedging and future sales or forward sales of the output of the mine, converted at the date of receipt of the consideration to the equivalent in Canadian funds, if receivable in funds of another country;

Thus, this definition includes three components: (a) total consideration from the output of the mine; (b) all consideration from hedging; and (c) all consideration from future or forward sales of the output of the mine.

9 "Hedging" is defined in s. 1(1) as follows:

> "hedging" means the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale or a futures contract on a recognized commodity exchange, or the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine, but does not include speculative currency hedging except to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output;

10 It is well established that in resolving doubt about the meaning of a tax provision, the administrative

règles et de politiques portant sur ses difficultés et besoins particuliers. On trouve plusieurs de ces règles et politiques dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), notamment dans les dispositions concernant la déductibilité des redevances à la Couronne ou des impôts miniers et, depuis longtemps, dans celles concernant les déductions pour épuisement.

Aux termes du par. 3(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, l'impôt à payer des exploitants miniers est fonction des bénéfices qu'ils réalisent. Le paragraphe 3(5) définit les bénéfices comme étant les recettes moins les montants déductibles et le par. 1(1) donne la définition suivante du terme « recettes » :

> « recettes » La contrepartie totale reçue ou recevable d'une ou de plusieurs autres personnes, en toutes devises, que ce soit en espèces ou sous une autre forme, provenant de la production de la mine, y compris les dérivés vendus, ou le montant déterminé de la manière prescrite, ainsi que toute contrepartie reçue ou recevable à la suite d'opérations de couverture et de ventes à terme de la production de la mine, convertie à la date de la réception de la contrepartie en l'équivalent en monnaie canadienne, si elle est recevable en monnaie d'un autre pays.

Cette définition comporte donc trois éléments : a) la contrepartie totale provenant de la production de la mine; b) toute contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) toute contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

Le terme « couverture » est défini ainsi au par. 1(1) :

> « couverture » La fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme ou d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue, ou l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine. La présente définition exclut toutefois la couverture du risque de change, sauf dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

Il est bien établi qu'en cas de doute sur le sens d'une disposition fiscale la pratique administrative

practice and interpretation adopted by the Minister, while not determinative, are important factors to be weighed: see *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, *per* de Grandpré J.; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, [2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36, at para. 66, *per* Binnie J. (dissenting, but not on this point). Prior to 1998, the Minister took the position that a hedging transaction only fell within the statutory definition if it was settled by physical delivery of the mining operator's output. In October 1998, the Minister's policy changed. Under the new policy, transactions that did not result in physical delivery would be caught by the statutory definition so long as they were entered into prior to the delivery of output and to the extent that the quantities of the commodity hedged did not exceed the operator's output for the taxation year in question.

et l'interprétation adoptées par le ministre ont un certain poids, bien qu'elles ne soient pas des sources concluantes : voir *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, p. 859, le juge de Grandpré; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, [2000] 1 R.C.S. 915, 2000 CSC 36, par. 66, le juge Binnie (dissident mais non sur ce point). Avant 1998, le ministre estimait qu'une opération de couverture n'était visée par la définition légale que si elle se dénouait par une livraison physique de la production de l'exploitant minier. En octobre 1998, la politique du ministre a changé. Désormais, les opérations n'aboutissant pas à une livraison physique seraient comprises dans la définition légale pour autant qu'elles aient été conclues avant la livraison de la production et que les quantités de matière faisant l'objet d'une opération de couverture n'excèdent pas la production de l'exploitant pour l'année d'imposition en cause.

There is no dispute that at the time PDC filed its mining tax returns for the years in question, it did so in conformity with the administrative practice prevailing at the time. However, by the time that PDC's returns were reassessed in 2000, the policy had changed. While PDC emphasizes that its returns were consistent with the Minister's own practice at the time they were filed and argues that the former policy is entitled to substantial weight in interpreting the *Mining Tax Act*, the Minister submits that it is not estopped from changing its practice having decided that its original interpretation was incorrect. 11

Personne ne conteste qu'au moment où PDC a produit ses déclarations de revenus tirés de l'exploitation minière pour les années en question, elle l'a fait conformément à la pratique administrative alors en vigueur. Toutefois, lorsque les déclarations de PDC ont fait l'objet de nouvelles cotisations en 2000, cette politique avait changé. PDC souligne que ses déclarations étaient conformes à la pratique du ministre au moment de leur production, et elle ajoute qu'il faut accorder une grande importance à l'ancienne politique en interprétant la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Le ministre, quant à lui, fait valoir qu'il n'était pas préclus de modifier sa pratique après avoir décidé que sa première interprétation était incorrecte.

The Minister argues that PDC's interpretation and, indeed, its own interpretation under the former administrative practice, result in a substantial redundancy between the statutory definitions of "hedging" and "proceeds". In the Minister's view, "hedging" encompasses transactions that do not culminate in delivery of output so long as there is a sufficient nexus between the output of the mine and the hedging contract. 12

Le ministre prétend que l'interprétation de PDC et, en fait, l'interprétation qu'il préconisait lui-même dans son ancienne pratique administrative, créent une forte redondance entre les définitions légales des termes « couverture » et « recettes ». Selon lui, le terme « couverture » vise les opérations n'aboutissant pas à la livraison de la production pourvu qu'il existe un lien suffisant entre la production de la mine et le contrat de couverture.

PDC responds that the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* is limited to transactions that 13

PDC répond que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation*

result in the physical delivery of the output of an Ontario mine. Any redundancy in the *Mining Tax Act*, it submits, cannot displace the clear words of that provision.

IV. Judicial History

A. *Superior Court of Justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

14 Cullity J. dismissed PDC's appeal from the confirmation of the assessments by the Minister. He relied in part on the principles outlined in *Echo Bay Mines Ltd. v. Canada*, [1992] 3 F.C. 707 (T.D.), about the general purpose, characteristics and methods of hedging and held that those principles should inform the meaning of the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act*. In his view, the terms of the statutory definition make it clear that there must be a nexus, or "some link", between the output of a mine and the financial transaction, but restricting that definition to transactions that culminate in the delivery of the output of the mine would introduce a significant redundancy into the Act. Specifically, if hedging "by means of a forward sale" were restricted to sales that are settled by delivery of output, then that part of the statutory definition would be deprived of any meaning that is not already covered by the inclusion in the definition of "proceeds" of the "total consideration . . . from the output of the mine".

15 The trial judge stated that whether or not there is a sufficient link between a hedging transaction and output is a question of fact. In light of a number of factors, including: (a) the underlying purpose of the transactions; (b) the existence and terms of the agency agreement between PDI and PDC; (c) the allocation of the transactions to PDC pursuant to that agreement; and (d) PDC's treatment of the gains and losses for the purpose of its internal accounting and corporate tax returns, Cullity J. concluded that the transactions were related to the output of PDC's mines. He observed

minière ne vise que les opérations aboutissant à la livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Toute redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, soutient-elle, ne saurait primer le texte clair de la disposition.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice* (2002), 61 O.R. (3d) 628

Le juge Cullity a rejeté l'appel de PDC contre la ratification des cotisations par le ministre. Il s'est appuyé en partie sur les principes exposés dans la décision *Echo Bay Mines Ltd. c. Canada*, [1992] 3 C.F. 707 (1re inst.), concernant l'objectif général, les caractéristiques et la forme des opérations de couverture, et il a conclu que ces principes devaient servir à préciser le sens de la définition du terme « couverture » figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. À son avis, le texte de la définition légale montre clairement qu'il doit exister un lien entre la production de la mine et l'opération financière, mais considérer que cette définition ne vise que les opérations aboutissant à la livraison de la production de la mine créerait une forte redondance dans la Loi. Plus précisément si la couverture « au moyen d'une vente à terme » était limitée aux ventes se dénouant par une livraison de la production, cette partie de la définition légale n'ajouterait rien de plus à ce que signifie déjà l'expression « contrepartie totale [. . .] provenant de la production de la mine » qui est incluse dans la définition du terme « recettes ».

Le juge de première instance a affirmé que la détermination de l'existence d'un lien suffisant entre une opération de couverture et la production constitue une question de fait. Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, dont a) l'objectif qui sous-tend les opérations, b) l'existence et les modalités d'une convention de mandat entre PDI et PDC, c) l'attribution des opérations à PDC conformément à cette convention, et d) la façon dont PDC traite les gains et les pertes pour les besoins de sa comptabilité interne et de ses déclarations de revenus, le juge Cullity a conclu que les

that any other conclusion would not have been reasonable or realistic in the circumstances.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

Writing for the majority, Armstrong J.A. allowed PDC's appeal. In his view, the definition of "hedging" in the *Mining Tax Act* was clear, unambiguous and precise, and was restricted to contracts that were settled by physical delivery of gold from an Ontario mine. Applying this interpretation, two findings of fact made by the trial judge were determinative: (a) all gold produced by PDC's Ontario mines was sold to bullion dealers at approximately the spot market price; and (b) none of the gold was the subject of a forward sales contract. In light of those facts, Armstrong J.A. found it impossible to conclude that the transactions could be said to fix the price for output of the Ontario mines. The principles articulated in *Echo Bay Mines* were inapplicable as that case involved the interpretation of a different statute, one in which no statutory definition for hedging was provided. Moreover, in applying expert evidence adduced in *Echo Bay Mines* to fill a perceived deficiency in the record before him, Armstrong J.A. considered that Cullity J. had run afoul of the rule against judicial innovation articulated by this Court in *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, [2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62, at para. 38.

Armstrong J.A. concluded that there was no fatal redundancy in the Act because there could be future sales or forward sales contracts relating to the output of the mine that are not caught by the definition of "hedging" in the Act, "either because they do not take place on a recognized commodity exchange or for some other reason" (para. 40). In the alternative, he held that any such redundancy could not displace the plain meaning of the provisions at issue. He was reinforced in his conclusion by the

opérations étaient liées à la production des mines de PDC. Il a d'ailleurs fait remarquer que toute autre conclusion n'aurait été ni raisonnable ni réaliste dans les circonstances.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2004), 190 O.A.C. 157

16 S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Armstrong a accueilli l'appel de PDC. Il a estimé que la définition du terme « couverture » dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* était claire, précise et sans ambiguïté, et qu'elle ne visait que les contrats se dénouant par une livraison physique d'or provenant d'une mine ontarienne. Selon cette interprétation, deux conclusions de fait du juge de première instance étaient déterminantes : a) toute la production d'or des mines ontariennes de PDC a été vendue à des courtiers en lingots d'or à un prix s'approchant de celui du marché au comptant; b) aucune partie de l'or produit n'a fait l'objet d'un contrat de vente à terme. À la lumière de ces faits, le juge Armstrong a décidé qu'il était impossible d'affirmer que ces opérations avaient fixé le prix de la production des mines ontariennes. Les principes énoncés dans la décision *Echo Bay Mines* ne s'appliquaient pas parce que celle-ci portait sur l'interprétation d'une autre loi ne donnant aucune définition du terme « couverture ». De plus, utilisant la preuve d'expert présentée dans l'affaire *Echo Bay Mines* pour combler une lacune qu'il percevait dans le dossier dont il était saisi, le juge Armstrong a considéré que le juge Cullity avait dérogé aux principes déconseillant l'innovation judiciaire que notre Cour a établis dans l'arrêt *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, [2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62, par. 38.

17 Le juge Armstrong a conclu à l'absence de redondance fatale dans la Loi étant donné que la production d'une mine pouvait faire l'objet de contrats à terme ou de ventes à terme non visés par la définition du terme « couverture » figurant dans la Loi, [TRADUCTION] « soit parce qu'ils ne sont pas conclus sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue soit pour une autre raison » (par. 40). À titre subsidiaire, il a ajouté que toute redondance de cette nature ne pouvait pas

observation that, while consideration is inherently a gross concept, gains and losses from hedging transactions are necessarily computed as net values. Including a net amount within the computation of consideration would distort fundamental concepts of accounting. He also opined that the Minister's administrative practice was entitled to be given some weight based on the principles articulated in *Harel* and *Will-Kare Paving*. He noted that the burden for proving that the *Mining Tax Act* imposes a tax on net gains from the transactions rests with the Minister, relying on Gonthier J.'s statement in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, for that purpose. If mistaken in the view that the statutory definition of "hedging" was unambiguous, Armstrong J.A. would have resolved any reasonable doubt in favour of the taxpayer in accordance with the residual presumption.

supplanter le sens ordinaire des dispositions en cause. Sa conclusion était étayée par la remarque selon laquelle la contrepartie est forcément une valeur brute alors que les gains et les pertes résultant d'opérations de couverture sont nécessairement des valeurs nettes. L'inclusion d'un montant net dans le calcul de la contrepartie fausserait les principes comptables fondamentaux. Il estimait également que, compte tenu des principes énoncés dans les arrêts *Harel* et *Will-Kare Paving*, la pratique administrative du ministre avait un certain poids. S'appuyant sur les motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, il a souligné qu'il incombe au ministre d'établir que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* impose une taxe sur les gains nets tirés de ces opérations. Le juge Armstrong était d'avis que, s'il avait tort de considérer que la définition légale du terme « couverture » n'est pas ambiguë, tout doute raisonnable devrait profiter aux contribuables conformément à la présomption résiduelle en faveur de ceux-ci.

18 Gillese J.A. would have dismissed PDC's appeal. In her view, the statutory definition is ambiguous in that it admits of two reasonable interpretations. The "narrow" interpretation, which was reflected in the Minister's former administrative practice, restricts "hedging" to contracts, the subject matter of which is the output of a mine. The "broad" interpretation, reflected in the Minister's new administrative practice (and the Minister's position in the present case), encompasses contracts which have as their subject matter something other than the output of a mine, but which can nevertheless be said to fix the price for the output of a mine. In her view, the narrow interpretation results in a serious redundancy between the second and third elements of the statutory definition of "proceeds", that is, "hedging" and "forward sales of the output of the mine", respectively. She concluded that the broad interpretation is preferable and that the statutory definition refers to contracts with a subject matter other than the output of a mine so long as those contracts are: (a) formed prior to delivery of

La juge Gillese aurait rejeté l'appel de PDC. Selon elle, la définition légale est ambiguë du fait qu'elle peut recevoir deux interprétations raisonnables. Suivant l'interprétation « restrictive », que reflétait l'ancienne pratique administrative du ministre, la « couverture » est limitée aux contrats portant sur la production d'une mine. L'interprétation « large » représentée par la nouvelle pratique administrative du ministre (et la position qu'il défend en l'espèce) vise les contrats qui portent sur autre chose que la production d'une mine, mais dont on peut néanmoins dire qu'ils fixent le prix de la production d'une mine. La juge Gillese estimait que l'interprétation restrictive créait une forte redondance entre les deuxième et troisième éléments de la définition légale du terme « recettes », c'est-à-dire les éléments « opérations de couverture » et « ventes à terme de la production de la mine » respectivement. Elle a conclu que l'interprétation large est préférable et que la définition légale vise les contrats portant sur autre chose que la production d'une mine pour autant que ces contrats soient a) conclus avant la livraison de la production, b) sur le

output; (b) on a recognized commodity exchange; and (c) the means by which the price for the output of an Ontario mine is fixed.

In addressing the subsidiary arguments, Gillese J.A. concluded that the Minister was not estopped from changing his administrative practice and, if anything, the change in administrative practice supported the view that the statutory definition is ambiguous. She noted that hedging is necessarily a net concept and that, as a result, "consideration from hedging" has to be a net concept in the circumstances. On the question of whether options could properly be considered forward sales contracts, she noted that the characterization by the trial judge of the transactions is a mixed question of law and fact and, as such, is entitled to some deference.

V. Analysis

A. *The Issue*

As I have noted, the central issue in this case concerns the computation of profits for the purpose of the *Mining Tax Act*. Specifically, the issue is whether the statutory definition of "hedging" encompasses financial transactions that are not settled by physical delivery of the output of an Ontario mine. I will first address the principles of statutory interpretation applicable to taxation statutes. Next, I will briefly review the nature and mechanisms of hedging, as that term is used under generally accepted accounting principles ("GAAP"). Finally, I will turn to an analysis of the statutory provision at issue in this appeal.

B. *Interpretation of Tax Statutes*

(1) General Principles

In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, this Court rejected the strict approach to the construction of taxation statutes and held that

parquet d'une Bourse de commerce reconnue, et c) qu'ils servent à fixer le prix de la production d'une mine ontarienne.

19 Quant aux arguments subsidiaires, la juge Gillese a décidé que le ministre n'était pas préclus de modifier sa pratique administrative et qu'en réalité la modification de la pratique administrative tendait à confirmer l'ambiguïté de la définition légale. Elle a fait remarquer que, dans les opérations de couverture, il est nécessairement question de valeur nette et que, par conséquent, la « contrepartie provenant d'une opération de couverture » doit être une valeur nette dans ces circonstances. Quant à savoir si les options pouvaient être considérées à juste titre comme des contrats de vente à terme, elle a souligné que la qualification des opérations par le juge de première instance constitue une question mixte de droit et de fait et que, pour cette raison, elle commande une certaine déférence.

V. Analyse

A. *La question en litige*

20 Comme je l'ai déjà indiqué, la question du calcul des bénéfices pour l'application de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* se situe au cœur du présent pourvoi. Il s'agit plus précisément de déterminer si la définition légale du terme « couverture » vise les opérations financières ne se dénouant pas par une livraison physique de la production d'une mine ontarienne. Je vais d'abord examiner les principes d'interprétation des lois fiscales. Ensuite, j'étudierai brièvement la nature et les mécanismes de la couverture au sens dans lequel ce terme est utilisé dans les principes comptables généralement reconnus (« PCGR »). Enfin, je procéderai à l'analyse de la disposition législative en cause dans le présent pourvoi.

B. *Interprétation des lois fiscales*

(1) Principes généraux

21 Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l'approche restrictive en matière d'interprétation des

the modern approach applies to taxation statutes no less than it does to other statutes. That is, "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" (p. 578): see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. However, because of the degree of precision and detail characteristic of many tax provisions, a greater emphasis has often been placed on textual interpretation where taxation statutes are concerned: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54, at para. 11. Taxpayers are entitled to rely on the clear meaning of taxation provisions in structuring their affairs. Where the words of a statute are precise and unequivocal, those words will play a dominant role in the interpretive process.

22 On the other hand, where the words of a statute give rise to more than one reasonable interpretation, the ordinary meaning of words will play a lesser role, and greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary: *Canada Trustco*, at para. 10. Moreover, as McLachlin C.J. noted at para. 47, "[e]ven where the meaning of particular provisions may not appear to be ambiguous at first glance, statutory context and purpose may reveal or resolve latent ambiguities." The Chief Justice went on to explain that in order to resolve explicit and latent ambiguities in taxation legislation, "the courts must undertake a unified textual, contextual and purposive approach to statutory interpretation".

23 The interpretive approach is thus informed by the level of precision and clarity with which a taxing provision is drafted. Where such a provision admits of no ambiguity in its meaning or in its application to the facts, it must simply be applied. Reference to the purpose of the provision "cannot be used to create an unexpressed exception to clear language": see P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5th ed. 2005), at p. 569; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622. Where, as in this case, the provision admits of more than one reasonable interpretation, greater emphasis must be placed on the context, scheme

lois fiscales et a statué que la méthode d'interprétation moderne s'applique autant à ces lois qu'aux autres lois. En d'autres termes, « 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 » (p. 578) : voir l'arrêt *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l'accent sur l'interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s'en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu'il est précis et non équivoque, le texte d'une loi joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation.

Par contre, lorsque le texte d'une loi peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l'objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La Juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d'une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

Le degré de précision et de clarté du libellé d'une disposition fiscale influe donc sur la méthode d'interprétation. Lorsque le sens d'une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l'appliquer. La mention de l'objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l'espèce, la disposition peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, il faut accorder plus

and purpose of the Act. Thus, legislative purpose may not be used to supplant clear statutory language, but to arrive at the most plausible interpretation of an ambiguous statutory provision.

Although there is a residual presumption in favour of the taxpayer, it is residual only and applies in the exceptional case where application of the ordinary principles of interpretation does not resolve the issue: *Notre-Dame de Bon-Secours*, at p. 19. Any doubt about the meaning of a taxation statute must be reasonable, and no recourse to the presumption lies unless the usual rules of interpretation have been applied, to no avail, in an attempt to discern the meaning of the provision at issue. In my view, the residual presumption does not assist PDC in the present case because the ambiguity in the *Mining Tax Act* can be resolved through the application of the ordinary principles of statutory interpretation. I will say more on this below.

(2) The Burden of Proof

The parties disagree on who bears the burden of proof in this case. The burden of proof under the *Mining Tax Act* is set out in s. 8(7). That section referentially incorporates s. 80(18) of the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, which provides that

> [a]n assessment, subject to being varied or vacated on an objection or appeal and subject to a reassessment, shall be deemed to be valid and binding despite any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto.

Thus, the taxpayer bears the burden of establishing that the factual findings upon which the Minister based the assessment are wrong. This is the same burden that applies under the *Income Tax Act*, s. 152(8): see V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8th ed. 2004), at p. 35; *Johnston v. M.N.R.*, [1948] S.C.R. 486.

d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë.

24 Bien qu'il existe une présomption résiduelle en faveur du contribuable, elle demeure seulement résiduelle et ne s'applique donc que dans le cas exceptionnel où les principes d'interprétation ordinaires ne permettent pas de régler la question en litige : *Notre-Dame de Bon-Secours*, p. 19. Tout doute concernant le sens d'une loi fiscale doit être raisonnable et la présomption ne peut être invoquée que si l'application des règles d'interprétation habituelles n'a pas permis de déterminer le sens de la disposition en cause. J'estime qu'en l'espèce la présomption résiduelle n'est d'aucune utilité à PDC puisque l'application des règles ordinaires d'interprétation législative permet de dissiper l'ambiguïté de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Je reviendrai sur cette question plus loin.

(2) Le fardeau de la preuve

25 Les parties ne s'entendent pas sur la question de l'attribution du fardeau de la preuve en l'espèce. Le fardeau de la preuve que dicte la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* est décrit au par. 8(7). Ce paragraphe incorpore par renvoi le par. 80(18) de la *Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40 (devenue la *Loi sur l'imposition des sociétés*), qui prévoit que

> [s]ous réserve des modifications qui y sont apportées ou d'une annulation prononcée à la suite d'une opposition ou d'un appel et sous réserve d'une nouvelle cotisation, la cotisation est réputée valide et lie les parties malgré toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans cette cotisation ou dans toute instance à ce sujet introduite aux termes de la présente loi.

Il incombe donc au contribuable d'établir que les conclusions de fait sur lesquelles le ministre s'est fondé pour établir la cotisation sont erronées. Ce fardeau de la preuve est identique à celui qui s'applique en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par. 152(8) : voir V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (8e éd. 2004), p. 35; *Johnston c. M.N.R.*, [1948] R.C.S. 486.

26 PDC and the majority of the Court of Appeal, cite *Notre-Dame de Bon-Secours* for the proposition that the party claiming the benefit of a legislative provision has the burden of showing that he or she is entitled to rely on it. Specifically, at p. 15, Gonthier J. held:

> The burden of proof thus rests with the tax department in the case of a provision imposing a tax obligation and with the taxpayer in the case of a provision creating a tax exemption.

Gonthier J.'s statement in *Notre-Dame de Bon-Secours* was *obiter dicta*, made in the context of explaining the traditional rule that tax legislation must be strictly construed. His point was simply that the residual presumption in favour of the taxpayer, which follows from the strict construction rule, was distinct from the concept of burden of proof. The burden of proof was not at issue in the case before him, and Gonthier J.'s comment was made in passing, without reference to the leading case law establishing the burden of proof in tax cases. The fundamental rules on the allocation of evidentiary burden in this matter remain valid. I cannot accept that, with this statement, he intended to overrule an established body of jurisprudence. The taxpayer bears the burden of displacing the Minister's factual assumptions, but the concept of burden of proof is not applicable to the interpretation of a statute, which is necessarily a question of law: *Johnston*.

27 Before moving on from this point, I wish to address the similar observation made in the context of explaining the analytical approach to the general anti-avoidance rule ("GAAR") in *Canada Trustco*, at paras. 64-65. In that case, the Court noted that, as a practical matter, the taxpayer was not required to disprove that he or she had violated the object, spirit or purpose of the provision. Rather, the Minister, who is in a better position than the taxpayer to make submissions as to the legislative intent behind particular taxation provisions, was obliged to identify the purpose of the provisions and to show how that purpose would be frustrated or defeated by the taxpayer's arrangements.

PDC et les juges majoritaires de la Cour d'appel citent l'arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours* à l'appui de la thèse selon laquelle il appartient à la partie qui invoque une disposition législative de démontrer qu'elle peut s'en prévaloir. Plus particulièrement, le juge Gonthier conclut, à la p. 15 :

> Le fardeau de preuve repose donc sur le fisc lorsqu'on est en présence d'une disposition qui impose une charge fiscale et sur le contribuable dans le cas d'une disposition qui porte exemption de taxe.

Il s'agissait là d'une remarque incidente que le juge Gonthier a formulée en expliquant la règle traditionnelle selon laquelle une mesure législative fiscale doit recevoir une interprétation stricte. Il voulait simplement dire que la présomption résiduelle en faveur du contribuable — qui découle de la règle de l'interprétation stricte — était un concept différent de celui du fardeau de la preuve. Il n'était pas question du fardeau de la preuve dans l'affaire dont le juge Gonthier était saisi et celui-ci a fait sa remarque de manière incidente sans mentionner les arrêts de principe sur le fardeau de la preuve en matière fiscale. Les règles fondamentales de l'attribution du fardeau de la preuve dans ce domaine demeurent valides. Je ne puis admettre qu'en faisant cette remarque le juge Gonthier a voulu renverser la jurisprudence établie. Il appartient au contribuable de réfuter les présomptions de fait du ministre, mais le concept du fardeau de la preuve ne s'applique pas à l'interprétation d'une loi, qui constitue nécessairement une question de droit : *Johnston*.

Avant de passer à un autre point, je tiens à examiner l'observation similaire que la Cour a formulée, aux par. 64 et 65 de l'arrêt *Trustco Canada*, en expliquant la méthode analytique applicable à la règle générale anti-évitement (« RGAÉ »). Dans cette affaire, la Cour a fait remarquer qu'en pratique le contribuable n'était pas tenu de prouver qu'il n'avait pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition en cause. Il appartenait plutôt au ministre — qui se trouve mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur qui sous-tend certaines dispositions fiscales — de décrire l'objet des dispositions et de démontrer de quelle façon les mesures du contribuable contrecarreraient cet objet.

The statement in *Canada Trustco* is distinguishable in that it applies in cases where the taxpayer has complied with the letter of the law, and where the Minister seeks to rely on GAAR to nevertheless disallow the taxpayer's claim on the basis that it is inconsistent with the object and spirit of the provision in question. It would be both impractical and unduly onerous to require a taxpayer whose transaction falls within the four corners of a tax provision to also disprove that he or she has violated the object, spirit or purpose of the provision. The same line of reasoning does not apply in the present case where the meaning of the provision is ambiguous. In a case such as the present one, the meaning of the relevant provision is a question of law, and there is no onus on either party in respect of it — the duty to ascertain the correct interpretation lies with the court.

28 L'énoncé de l'arrêt *Trustco Canada* peut être distingué, car il ne vise que les cas où le contribuable a respecté la lettre de la loi et où le ministre cherche à invoquer la RGAÉ pour néanmoins rejeter la demande du contribuable pour cause d'incompatibilité avec l'objet et l'esprit de la disposition en cause. Il serait à la fois irréaliste et trop lourd d'obliger un contribuable, dont l'opération respecte en tous points une disposition fiscale, à prouver en outre qu'il n'a pas contrevenu à l'objet ou à l'esprit de cette disposition. Le même raisonnement ne s'applique pas dans le cas qui nous occupe où le sens de la disposition en cause est ambigu. Dans un cas comme la présente affaire, le sens de la disposition applicable reste une question de droit et aucune des parties n'assume un fardeau quelconque à l'égard de cette question — il appartient à la cour de déterminer la bonne interprétation.

C. *Hedging*

C. *Couverture*

29 In order to give some context to the discussion of the statutory definition of "hedging", I will begin with a brief overview of hedging, as it is commonly understood under GAAP. The transactions at issue in the present case are financial derivatives. Generally speaking, financial derivatives are contracts whose value is based on the value of an underlying asset, reference rate, or index. As Professors Grottenthaler and Henderson explain, there are essentially two reasons for entering into such a contract — to speculate on the movement of the underlying asset, reference rate or index, or to hedge exposure to a particular financial risk such as the risk posed by volatility in the prices of commodities: see M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf), at p. 1-8. This distinction between speculation and hedging is an important one. A transaction is a hedge where the party to it genuinely has assets or liabilities exposed to market fluctuations, while speculation is "the degree to which a hedger engages in derivatives transactions with a notional value in excess of its actual risk exposure": see B. W. Kraus, "The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada" (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, at p. 38. Because the gold that was allocated to the transactions at issue in the present

Afin de situer dans son contexte l'analyse de la définition légale du terme « couverture », je vais d'abord donner un bref aperçu de ce qu'est la couverture au sens qu'on lui donne généralement dans les PCGR. Les opérations en cause dans la présente affaire sont des instruments financiers dérivés. De façon générale, les instruments financiers dérivés sont des contrats dont la valeur devient fonction de celle d'un actif, d'un taux de référence ou d'un indice qui lui est sous-jacent. Comme l'expliquent les professeurs Grottenthaler et Henderson, il y a essentiellement deux raisons de conclure un contrat de cette nature : soit la spéculation sur les fluctuations de la valeur de l'actif, du taux de référence ou de l'indice sous-jacent, soit la volonté de couvrir une position exposée à un risque financier particulier, comme celui que présente la volatilité des prix des marchandises : voir M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), p. 1-8. Cette distinction entre la spéculation et l'opération de couverture est importante. Il y a opération de couverture lorsque des éléments d'actif ou de passif de la partie qui l'effectue sont véritablement exposés aux fluctuations du marché, alors que la spéculation est [TRADUCTION] « la mesure dans laquelle l'opérateur en couverture effectue des opérations dérivées dont la valeur nominale

case did not exceed the actual production from the respective mines, the transactions were not speculative in the ordinary sense of the term.

30 The two basic types of derivative transactions are forward contracts and options: see Grottenthaler and Henderson, at pp. 1-4 *et seq.* A forward contract is a contract that obligates one party to buy, and another party to sell, a specified amount of a particular asset at a specified price, on a given date in the future. The obligation contained in a forward contract is two-sided in that both parties are obligated to perform the contract. By contrast, an option which grants the purchaser upon payment of a premium the right, but not the obligation, to purchase ("call option") or sell ("put option") an asset on a specified date is a one-sided obligation. Nevertheless, they both function as hedging tools.

31 Derivative transactions may be settled in a number of different ways: physical delivery of the underlying asset, cash settlement or offsetting contract. Most derivative contracts, however, are not settled by physical delivery. The most important point about settlement is that, at least for the purposes of GAAP, the way in which a derivative contract functions as a "hedge" is unaffected by the method by which the contract is settled.

32 An example may be useful at this stage to better illustrate how hedging transactions work and to identify the distinction between hedging and speculation. Assume that on January 1, 2006, the price of gold is $200/oz. Company A is a gold producer and wishes to hedge its exposure to fluctuating gold prices. On January 21, A enters into a forward sale contract for 100 oz. of gold at $200/oz. If the price of gold falls, the value of the hedging contract *increases*. Conversely, if the price of gold increases, the value of the contract decreases. It is this characteristic that separates a hedge from a purely speculative transaction. The producer who faces genuine exposure to price fluctuations effectively trades some of the opportunity for gains that would

excède le risque couru » : voir B. W. Kraus, « The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada » (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31, p. 38. Étant donné que l'or affecté aux opérations en cause dans la présente affaire n'excédait pas la production réelle des mines respectives, les opérations n'étaient pas spéculatives au sens ordinaire de ce terme.

Les deux types fondamentaux d'opérations dérivées sont les contrats à terme de gré à gré et les options : voir Grottenthaler et Henderson, p. 1-4 et suiv. Un contrat à terme de gré à gré est un contrat qui oblige une partie à acheter, et une autre à vendre, une certaine quantité d'éléments d'actif à un prix et à une date fixés d'avance. Ce contrat crée une obligation bilatérale en ce sens que les deux parties sont tenues de l'exécuter. Par contre, l'option crée une obligation unilatérale en ce sens que l'acheteur ayant versé une prime a seulement le droit, et non l'obligation, d'acheter (« option d'achat ») ou de vendre (« option de vente ») un actif à une date déterminée. Les deux sont néanmoins des instruments de couverture.

Les opérations dérivées peuvent avoir différents dénouements : la livraison physique de l'actif sous-jacent, le règlement en espèces ou la conclusion d'un contrat symétrique. Toutefois, la plupart des contrats dérivés ne se dénouent pas par une livraison physique. Ce qui importe le plus à cet égard, c'est que, tout au moins pour l'application des PCGR, le contrat dérivé demeure un instrument de « couverture » quel qu'en soit le dénouement.

À ce stade, il peut être utile de donner un exemple pour illustrer le fonctionnement des opérations de couverture et pour comprendre ce qui les différencie de la spéculation. Supposons que, le 1er janvier 2006, le prix de l'once d'or est de 200 $. La société A est un producteur d'or qui souhaite effectuer une opération de couverture pour se protéger contre les fluctuations du prix de ce métal. Le 21 janvier, la société A conclut un contrat de vente à terme de 100 onces d'or à 200 $ l'once. Si le prix de l'or chute, la valeur du contrat de couverture *augmente*. À l'inverse, si le prix de l'or augmente, la valeur de ce contrat diminue. C'est ce qui différencie l'opération de couverture d'une opération purement spéculative. Le producteur qui est véritablement exposé à

accompany increasing gold prices for security against decreasing gold prices. This relationship is most visible where derivative transactions are cash settled (as they most commonly are). If, on July 31, the price of gold has fallen to $100/oz., the contract may be cash settled by a payment of the difference between the strike price ($20,000) and the spot market price at the time of settlement ($10,000). Thus, the counterparty to the forward sale contract would issue a cheque to A for $10,000. The greater the margin by which the price of gold decreases, the greater the profit on the hedging contract.

des fluctuations de prix renonce, dans une certaine mesure, à la possibilité de gain qui accompagnerait une hausse du prix de l'or pour se prémunir contre une baisse du prix de ce métal. Ce lien apparaît très évident lorsque les opérations dérivées se dénouent par un règlement en espèces (comme c'est le cas le plus souvent). Si, le 31 juillet, le prix de l'or baisse à 100 $ l'once, le contrat peut être dénoué au moyen d'un règlement en espèces consistant à verser la différence entre le prix d'exercice convenu (20 000 $) et le prix du marché au comptant à la date du règlement (10 000 $). Ainsi, l'autre partie au contrat de vente à terme ferait un chèque de 10 000 $ à la société A. Plus la baisse du prix de l'or est marquée, plus le bénéfice réalisé sur l'opération de couverture est important.

In *Echo Bay Mines*, the Trial Division of the Federal Court considered the principles of hedging under GAAP. In that case, the taxpayer was a silver producer that had entered into forward sales contracts in order to protect itself against the risk of declining silver prices. When the price of silver fell, the taxpayer realized gains on those contracts by closing them out or rolling them over. None of the contracts resulted in the delivery of any silver. Nevertheless, the taxpayer treated those gains as "resource profits" on the basis that they were income from the production of minerals in Canada. Doing so enabled the taxpayer to take advantage of the resource allowance, as provided for in s. 20(1)(*v.*l) of the *Income Tax Act* and s. 1204(1) of the *Income Tax Regulations*. MacKay J. accepted that

33 Dans la décision *Echo Bay Mines*, la Section de première instance de la Cour fédérale a examiné les règles applicables aux opérations de couverture selon les PCGR. Dans cette affaire, le contribuable était un producteur d'argent qui avait conclu des contrats de vente à terme pour se protéger contre le risque de chute du prix de ce métal. Lorsque le prix de l'argent baissait, le contribuable réalisait des gains sur ces contrats en les liquidant ou en les convertissant en d'autres contrats. Aucun des contrats n'avait donné lieu à une livraison d'argent. Le contribuable considérait néanmoins que ces gains représentaient des « bénéfices relatifs à des ressources » parce qu'ils constituaient un revenu tiré de la production de minéraux au Canada. Ce faisant, le contribuable pouvait bénéficier de la déduction relative aux ressources prévue à l'al. 20(1)*v.*1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au par. 1204(1) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Le juge MacKay a reconnu que

> under generally accepted accounting principles, a producer's gain or loss from its execution of forward sales contracts may be considered a "hedge" and therefore matched against the production of the goods produced, if four conditions are met. . . .
>
> 1. The item to be hedged exposes the enterprise to price (or interest rate) risk.

> selon les principes comptables généralement reconnus, le bénéfice réalisé ou la perte subie par le producteur à la liquidation du contrat de vente à terme peut être considéré comme une « couverture » et par conséquent mis sur le compte de la marchandise effectivement produite, si quatre conditions sont réunies. . .
>
> [TRADUCTION]
>
> 1. La marchandise à couvrir expose l'entreprise au risque de fluctuation du prix (ou du taux d'intérêt).

2. The futures contract reduces that exposure and is designated as a hedge.
3. The significant characteristics and expected terms of the anticipated transactions are identified.
4. It is probable that the anticipated transaction will occur. [pp. 715-16]

He concluded at p. 733 that the price received for the silver produced was the sum of receipts from delivery of actual production and from the settlement of forward sales contracts.

34 The decision in *Echo Bay Mines* illustrates the way in which financial transactions, though they may not be settled by physical delivery of the output of an Ontario mine, may nevertheless be said to "fix the price" for that output. I agree with the following endorsement of the decision in *Echo Bay Mines*:

> This conclusion is clearly a sensible one. If the transactions had been physically settled then the gain or loss on the transactions would have been the actual revenue or loss from the sale of the silver and would have been on income account. Treating the gain or loss on the forward contracts having the same economic result in any different way would have created an unjustified artificial distinction.

(Grottenthaler and Henderson, at pp. 11-8 and 11-9)

From the perspective of what constitutes hedging under GAAP, the distinction between cash-settled and delivery-settled contracts is arbitrary.

35 Although I am mindful that *Echo Bay Mines* concerned a different statute, one in which "hedging" is not a defined term, I conclude that the general principles articulated in that case have some relevance here. The central issue in *Echo Bay Mines* was whether gains and losses from hedging were sufficiently linked to the underlying transactions, namely the production and sale of silver, to constitute "resource profits" within the meaning of the Regulations under the *Income Tax Act*. In essence, the court in *Echo Bay Mines* was grappling with the same question that is raised in the present

2. Le contrat de vente à terme réduit ce risque et est considéré comme une couverture.
3. Les caractéristiques importantes et les stipulations de l'opération prévue sont précisées.
4. Il est probable que l'opération prévue aura lieu. [p. 715-716]

Il a conclu, à la p. 733, que le prix reçu pour l'argent produit comprenait la somme des montants reçus à la livraison de l'argent effectivement produit et à la liquidation des contrats de vente à terme.

La décision *Echo Bay Mines* indique comment une opération financière, qui ne se dénoue pas nécessairement par une livraison physique de la production d'une mine ontarienne, peut néanmoins être considérée comme « fixant le prix » de cette production. Je souscris à ce commentaire favorable à la décision *Echo Bay Mines* :

> [TRADUCTION] Cette conclusion est nettement raisonnable. Si ces opérations avaient donné lieu à une livraison physique, le gain ou la perte en découlant aurait constitué le revenu ou la perte provenant réellement de la vente de l'argent et aurait figuré au compte de produits. Traiter différemment les gains et les pertes résultant des contrats à terme de gré à gré ayant le même résultat économique aurait créé une distinction injustifiée et artificielle.

(Grottenthaler et Henderson, p. 11-8 et 11-9)

Eu égard à ce qui constitue une opération de couverture selon les PCGR, la distinction entre les contrats se dénouant par un règlement en espèces et ceux se dénouant par la livraison du sous-jacent reste arbitraire.

Tout en étant conscient que la décision *Echo Bay Mines* porte sur une loi différente qui ne définit pas le terme « couverture », je conclus que les principes généraux qui y sont énoncés ont une certaine pertinence en l'espèce. En effet, la principale question posée dans *Echo Bay Mines* était de savoir si les gains et pertes résultant des opérations de couverture avaient avec les opérations sous-jacentes, à savoir la production et la vente d'argent, un lien suffisant pour constituer des « bénéfices relatifs à des ressources » au sens du Règlement pris en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Essentiellement,

case: Can synthetic derivative transactions be said to "fix the price" for the underlying commodity even where those transactions do not result in the delivery of the underlying commodity?

dans *Echo Bay Mines* la Cour fédérale était saisie de la même question qui est soulevée en l'espèce : Peut-on affirmer que les opérations synthétiques dérivées « fixent le prix » de la marchandise sous-jacente même lorsque ces opérations ne donnent pas lieu à la livraison de cette marchandise?

D. *The Inclusion of Hedging Profits*

D. *L'inclusion des bénéfices tirés d'une opération de couverture*

The parties agree that the transactions at issue in the present case constitute "hedging" in the ordinary sense of the term. However, notwithstanding that it is common in the industry vernacular to speak of "realized price" as the aggregate of proceeds from spot sales and gains and losses from hedging, PDC argued before this Court that the price for the output of an Ontario mine could only be "fixed", for the purpose of the *Mining Tax Act*, by a transaction that culminated in the physical delivery of that output. I turn, then, to a consideration of the meaning of the statutory definition of "hedging".

36 Les parties conviennent que les opérations en cause dans la présente affaire sont des opérations de « couverture » au sens ordinaire du terme. Toutefois, bien que le vocabulaire particulier de l'industrie utilise l'expression « prix de réalisation » pour désigner l'ensemble des recettes provenant des ventes au comptant et des gains et pertes résultant des opérations de couverture, PDC a soutenu devant notre Cour que, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, le prix de la production d'une mine ontarienne ne pouvait être « fixé » qu'au moyen d'une opération aboutissant à la livraison physique de cette production. Je vais donc examiner le sens de la définition légale du terme « couverture ».

The definition of "hedging" first appeared in 1975 in the Regulation to the *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, c. 140: O. Reg. 126/75, s. 1(*f*). At that time, profit was calculated under s. 3(3) of the Act using: (a) the amount of gross receipts from the output of the mine during the taxation year; (b) where the output was not sold but was treated by or for the producer of the mine, the amount of the actual market value of the output at the pit's mouth; or (c) where there was no means for determining the actual value at the pit's mouth in (b), the amount at which the mine assessor appraised the output. The method by which the assessor was to appraise output under (c) was set out in s. 4(1) of the Regulation. It was only in this last context that the definition of "hedging" came into play. In 1987, the definition of "hedging" was introduced into the Act itself and incorporated into the definition of "proceeds": *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, c. 11, ss. 1(4)(cb) and 1(7)(j).

37 La définition du terme « couverture » est apparue pour la première fois en 1975 dans le règlement d'application de la *Mining Tax Act, 1972*, S.O. 1972, ch. 140 : O. Reg. 126/75, al. 1*f*). À cette époque, le bénéfice était calculé conformément au par. 3(3) de la Loi en utilisant a) le montant des recettes brutes tirées de la production de la mine pendant l'année d'imposition, b) lorsque la production n'était pas vendue, mais qu'elle était traitée par le producteur de la mine ou pour son compte, la valeur marchande effective de la production à l'entrée de la mine, ou c) s'il n'y avait aucun moyen d'établir la valeur effective de la production à l'entrée de la mine, prévue à l'alinéa b), sa valeur telle que prisée par l'évaluateur minier. La méthode que l'évaluateur devait employer pour évaluer la production en application de l'alinéa c) était décrite au par. 4(1) du Règlement. La définition du terme « couverture » n'entrait en jeu que dans ce dernier contexte. En 1987, la définition de « couverture » a été insérée dans la Loi elle-même et incorporée dans la définition du terme « recettes » : *Mining Tax Amendment Act, 1987*, S.O. 1987, ch. 11, al. 1(4)cb) et 1(7)j).

38 PDC raised several arguments, based on the statutory and constitutional limits on the power of the Lieutenant Governor in Council at the time, about the meaning of "hedging" when it was first introduced in the Regulation. Specifically, PDC argues that no power had been vested in the Lieutenant Governor in Council to make regulations imposing a new tax or expanding the existing tax base, and that any such attempt would have been contrary to s. 53 of the *Constitution Act, 1867*, which requires that bills imposing any tax originate in the House of Commons. Both of these arguments depend for their validity on the proposition that the 1975 Regulation created a new tax or expanded the tax base. I am not satisfied that the 1975 Regulation can be so construed — it did not alter the primary definition of "gross receipts" in the Act, but merely clarified the method by which a subsidiary, discretionary amount was to be assessed. This does not, in my view, constitute a change of the radical nature that PDC suggests.

PDC avance, au sujet du sens qu'avait le mot « couverture » lorsqu'il a été incorporé pour la première fois dans le Règlement, plusieurs arguments fondés sur les limites légales et constitutionnelles auxquelles était alors assujetti le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil. Elle soutient, plus précisément, que le lieutenant-gouverneur en conseil n'avait pas le pouvoir de prendre des règlements créant une nouvelle taxe ou élargissant l'assiette fiscale existante, et que toute tentative en ce sens aurait contrevenu à l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exige que les projets de loi créant une taxe émanent de la Chambre des communes. Ces deux arguments supposent que le Règlement de 1975 créait une nouvelle taxe ou élargissait l'assiette fiscale. Je ne suis pas convaincu que le Règlement de 1975 puisse recevoir une telle interprétation — il n'a pas modifié la définition fondamentale du terme « recettes brutes » dans la Loi, mais il a simplement clarifié le mode de cotisation applicable à une somme accessoire discrétionnaire. J'estime que cela ne constitue pas un changement aussi radical que le laisse entendre PDC.

39 In any event, whatever the precise effect of the 1975 Regulation, which need not be decided in this case, it is clear that the decision to incorporate the definition of "hedging" into the Act itself in 1987 signified a change in the statutory framework for the computation of profit. Hedging gains were no longer included in income only where it was otherwise impossible to ascertain the market value of the output of a mine before processing. The Act now includes them in every case as an integral component of the statutory definition of "proceeds". No constitutional or other impediment in 1987 prevented the enactment of such a provision, with respect to either of the proposed definitions. Since the definitions of "hedging" and "proceeds" remain unchanged in the present Act, the task at hand is to set out the precise nature and scope of the 1987 amendments. Although both parties rely on Hansard evidence related to the movement of the hedging provision from the Regulation to the Act, I find that evidence to be ambiguous and of little assistance in this case. Accordingly, any analysis of the 1987 amendments must be grounded in

De toute façon, quel que soit l'effet précis du Règlement de 1975 — qui n'a pas à être déterminé en l'espèce —, il est clair que la décision d'incorporer la définition du terme « couverture » dans la Loi elle-même en 1987 a modifié le cadre légal du calcul des bénéfices. Les gains tirés d'une opération de couverture n'étaient plus inclus dans le revenu uniquement s'il se révélait par ailleurs impossible d'établir la valeur marchande de la production d'une mine avant son traitement. La Loi inclut désormais ces gains dans tous les cas en tant que partie intégrante de la définition qu'elle donne du mot « recettes ». Il n'existait, en 1987, aucun obstacle constitutionnel ou autre à l'adoption d'une telle disposition, en ce qui concernait l'une ou l'autre des définitions proposées. Puisque les définitions des termes « couverture » et « recettes » demeurent inchangées dans la Loi actuelle, il nous faut en l'espèce décrire la nature et la portée exactes des modifications de 1987. Bien que les parties s'appuient sur la transcription des débats parlementaires concernant le passage du Règlement à la Loi de la disposition relative aux opérations de

an examination of the scheme and context of the revised Act.

At the outset, I note that I do not find the arguments based on the Minister's administrative practice to be helpful in the present case. The fact is that there are two administrative practices — one corresponding to each of the proposed interpretations. The shift in the Minister's practice is reflective of the ambiguity that inheres in the statute itself and cannot be relied upon as an interpretive tool except to support the view that the statutory definition falls short of being clear, precise and unambiguous. Although administrative practice can be an "important factor" in case of doubt about the meaning of legislation, it is not determinative: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37. In a case such as the present one where a statutory provision admits of more than one possible meaning, the Minister, having decided that its former interpretation was incorrect, is not precluded from changing its practice.

PDC argues that the Minister's change in administrative practice is arbitrary and unfair, noting that in the same month the Minister argued for the application of the new administrative policy before Cullity J. in the present case, and for the application of the former administrative policy in *Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (S.C.J.). Inco had incurred substantial losses on its hedging activities in its taxation years 1988 to 1990 and sought to deduct those losses based on the decision in *Echo Bay Mines*. The critical distinction between the present case and *Inco*, however, is that the statutory limitation period for reassessment in *Inco* expired while the old administrative policy was still in place. Whenever the Minister changes its administrative practice, it is inevitable that different taxpayers will have been taxed differently under the same provision depending on whether they were assessed prior to, or after, the change in policy. The line between taxpayers who fall on either side of the administrative policy must be drawn somewhere, and doing so on the

couverture, je considère cette preuve comme ambiguë et peu utile en l'espèce. En conséquence, toute analyse des modifications de 1987 doit reposer sur un examen de l'économie et du contexte de la Loi révisée.

40 D'emblée, je souligne que je ne considère pas utiles en l'espèce les arguments fondés sur la pratique administrative du ministre. On se trouve, en réalité, devant deux pratiques administratives, dont chacune correspond à l'une des interprétations proposées. La modification de la pratique du ministre témoigne de l'ambiguïté intrinsèque de la Loi elle-même et ne peut servir d'outil d'interprétation, si ce n'est pour appuyer le point de vue selon lequel la définition légale n'est pas vraiment claire, précise et sans ambiguïté. Une pratique administrative n'est pas déterminante quoiqu'elle puisse constituer un « facteur important » en cas de doute sur le sens d'un texte législatif : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37. Dans un cas comme la présente affaire, où une disposition législative peut avoir plus d'un sens, le ministre n'est pas préclus de modifier sa pratique après avoir conclu que son interprétation antérieure était incorrecte.

41 PDC prétend que la modification de la pratique administrative du ministre est arbitraire et inéquitable, faisant remarquer que le ministre a, au cours du même mois, plaidé en faveur de l'application de la nouvelle politique administrative devant le juge Cullity dans le cadre de la présente affaire, et en faveur de l'application de l'ancienne politique administrative dans l'affaire *Inco Ltd. c. Ontario (Minister of Finance)*, [2002] O.J. No. 3150 (QL) (C.S.J.). Inco avait subi d'importantes pertes résultant de ses opérations de couverture au cours de ses années d'imposition 1988 à 1990 et elle cherchait à déduire ses pertes en invoquant la décision *Echo Bay Mines*. Toutefois, la distinction cruciale entre le cas qui nous occupe et l'affaire *Inco* se trouve dans le fait que, dans cette dernière affaire, le délai de prescription applicable à l'établissement d'une nouvelle cotisation avait expiré pendant que l'ancienne politique administrative était encore en vigueur. Dans tous les cas où le ministre modifie sa pratique administrative, il est inévitable que des contribuables soient imposés de façon différente en

basis of whether a taxpayer's taxation year is open or closed under the statute is a principled and practical approach.

42 As I noted above, "proceeds" is defined in s. 1(1) of the *Mining Tax Act* in terms of three components: (a) consideration received from the output of a mine; (b) consideration from hedging; and (c) consideration from future sales or forward sales of the output of the mine.

43 "Hedging" is also defined in terms of a number of elements. Although only one of those elements is at issue in the present appeal, it is worth parsing the full definition in order to better appreciate the context and scheme within which the disputed phrase is placed. Specifically, "hedging" means:

(a) the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of

(i) a forward sale or

(ii) a futures contract on a recognized commodity exchange;

(b) the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine; and

(c) speculative currency hedging, to the extent that the hedging transaction determines the final price and proceeds for the output.

Only "the fixing of a price for output of a mine before delivery by means of a forward sale" is at issue in the present appeal. I note at this stage that my parsing of the definition of "hedging" differs from both the majority and dissenting reasons of the Court of Appeal. Both Armstrong and Gillese JJ.A. suggested that forward sales and futures contracts, as the terms are used in the definition of "hedging", must take place on a recognized commodity exchange. However, such a view does not accord

vertu de la même disposition, selon que leur cotisation a été établie avant ou après ce changement de politique. Il faut d'une manière ou d'une autre distinguer les contribuables visés par la politique administrative de ceux qui ne le sont pas, et il devient alors rationnel et pratique de le faire en se demandant si l'année d'imposition d'un contribuable est terminée ou non selon la Loi.

Comme je l'ai déjà signalé, la définition du terme « recettes » au par. 1(1) de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* comporte trois éléments : a) la contrepartie provenant de la production de la mine; b) la contrepartie provenant d'opérations de couverture; c) la contrepartie provenant de ventes à terme de la production de la mine.

La définition du terme « couverture » comprend elle aussi un certain nombre d'éléments. Bien qu'un seul de ceux-ci soit en cause en l'espèce, il vaut la peine d'analyser la définition au complet afin de mieux saisir le contexte et l'économie dans lesquels s'inscrit l'expression controversée. Plus précisément, le terme « couverture » désigne ceci :

a) la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen

(i) d'une vente à terme ou

(ii) d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue;

b) l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine;

c) la couverture du risque de change, dans la mesure où l'opération de couverture détermine le prix final de la production et les recettes qui en sont tirées.

Seule « la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen d'une vente à terme » est en cause dans la présente affaire. Je note, à ce stade, que mon analyse de la définition du terme « couverture » diffère de celle qui a été effectuée dans les motifs majoritaires et les motifs dissidents de la Cour d'appel. Les juges Armstrong et Gillese ont indiqué que les ventes à terme et les contrats à terme, au sens dans lequel ces expressions sont utilisées dans la définition de « couverture »,

with the ordinary usage of these terms. Forward sales are by definition "over-the-counter" products, while futures contracts are by definition exchange-traded. Indeed, futures contracts are simply an exchange-traded form of forward sales contracts: C. W. Smithson, "A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options" (1997), 1017 PLI/Corp 9. The significance of this point is that "forward sales" within the meaning of the definition of "hedging" cannot be distinguished from "forward sales" in the third element of the definition of "proceeds" on the basis that the former take place on a recognized commodity exchange while the latter do not. I will say more on this point below.

The difficulty that arises in coming to a plausible interpretation of this provision is that the Act does not specify what it means to "fix the price" for output of a mine by means of a forward sale. At first blush, it might seem that fixing a price is simply setting the price that will be paid upon delivery of the output. Indeed, this is the interpretation advocated for by PDC (the narrow interpretation). If that were so, however, the legislature would not have needed this element in the statutory definition of "hedging" as the price received upon delivery of the output would clearly fall within "[all] consideration that is received . . . from the output of the mine", the first component of the definition of "proceeds", and within "all consideration received . . . from . . . future sales or forward sales of the output of the mine", the third component.

Under the presumption against tautology, "[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose": see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 159. To the extent that it is possible to do so, courts should avoid adopting interpretations that render any portion of a statute meaningless or redundant:

doivent être conclus sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue. Toutefois, ce point de vue ne s'accorde pas avec le sens ordinaire de ces expressions. Par définition, la « vente à terme » est un produit « hors cote », alors que le « contrat à terme » est négocié sur un marché organisé. De fait, le contrat à terme représente simplement une forme de contrat de vente à terme qui se négocie sur un marché organisé : C. W. Smithson, « A Building Block Approach to Financial Engineering : An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options » (1997), 1017 PLI/Corp 9. Cette remarque est importante en ce sens qu'il n'est pas possible de distinguer la « vente à terme » visée par la définition du terme « couverture » de la « vente à terme » dont fait état le troisième élément de la définition du terme « recettes », en faisant valoir que seule la vente à terme dont il est question dans le premier cas se conclut sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue. Je reviendrai sur cette question plus loin.

44 Il est difficile de donner une interprétation plausible à cette disposition parce que la Loi ne précise pas ce que signifie « fixer le prix » de la production d'une mine au moyen d'une vente à terme. Il pourrait sembler, à première vue, que fixer un prix signifie simplement établir le prix qui sera payé lors de la livraison de la production. En fait, c'est l'interprétation que préconise PDC (l'interprétation restrictive). Or, si tel était le cas, le législateur n'aurait pas eu besoin d'inclure cet élément dans la définition légale du terme « couverture » étant donné que le prix reçu à la livraison de la production serait clairement visé par « [toute] contrepartie [. . .] provenant de la production de la mine » (le premier élément de la définition du terme « recettes ») ainsi que par « toute contrepartie reçue [. . .] à la suite [. . .] de ventes à terme de la production de la mine » (le troisième élément de la définition).

45 Selon la présomption d'absence de tautologie, [TRADUCTION] « [c]haque mot d'une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur » : voir R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 159. Dans la mesure du possible, les tribunaux devraient éviter d'adopter des interprétations qui dépouillent une partie d'une loi de

Hill v. William Hill (Park Lane) Ld., [1949] A.C. 530 (H.L.), at p. 546, *per* Viscount Simon.

46 Although the presumption is rebuttable where it can be shown that the words do serve a function, or that the words were added for greater certainty, I do not think that either of those arguments can succeed in the present case. Here, a definition was introduced into the *Mining Tax Act* for a term that appears only once in the Act, outside its definitional section. Moreover, the value of a forward sale contract that is settled by delivery of output is for all intents and purposes just the price received for the output. There is no doubt that this amount would be caught by the definition of proceeds, and there would have been no need for the legislature to include this element in a statutory definition of "hedging". In the circumstances, the presumption against tautology carries considerable weight.

47 It follows that "the fixing of a price for output of a mine" cannot be restricted to transactions that are settled by delivery of output. This is, in my opinion, consistent with the context of the statutory definition. In addition to "the fixing of a price . . . by means of a forward sale", the definition of "hedging" refers to "the fixing of a price . . . by means of . . . a futures contract on a recognized commodity exchange", "the purchase or sale forward of a foreign currency related directly to the proceeds of the output of a mine", and "does not include speculative currency hedging". It is significant that futures contracts are seldom settled by physical delivery. Similarly, a sale or purchase forward of foreign currency is a separate transaction from the sale of an underlying commodity and would not itself be settled by physical delivery of the commodity. In short, the other elements in the statutory definition of "hedging" are consistent with the broader interpretation.

48 PDC relies on the fact that the Minister successfully applied the "hedging" provision of the

tout son sens ou qui la rendent redondante : *Hill c. William Hill (Park Lane) Ld.*, [1949] A.C. 530 (H.L.), p. 546, le vicomte Simon.

Bien que la présomption soit réfutable lorsqu'on peut démontrer que les mots en question possèdent une utilité quelconque ou qu'ils ont été ajoutés par souci de précision, j'estime qu'aucun de ces arguments ne peut être retenu dans le présent pourvoi. En l'espèce, on a inséré dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* la définition d'un terme qui n'est utilisé qu'à un seul autre endroit dans la Loi. De plus, la valeur d'un contrat de vente à terme dénoué par une livraison de la production n'équivaut, à toutes fins pratiques, qu'au prix reçu pour la production. Il ne fait pas de doute que cette somme serait visée par la définition de « recettes » et qu'il n'aurait pas été nécessaire que le législateur inclue cet élément dans une définition légale du terme « couverture ». Dans les circonstances, la présomption d'absence de tautologie revêt une importance considérable.

Il s'ensuit que « [l]a fixation d'un prix pour la production d'une mine » ne peut pas viser uniquement les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. J'estime que cette interprétation s'inscrit dans le contexte de la définition légale. En plus de mentionner « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen d'une vente à terme », la définition du terme « couverture » parle de « [l]a fixation d'un prix [. . .] au moyen [. . .] d'un contrat à terme sur le parquet d'une Bourse de commerce reconnue » et de « l'achat ou la vente à terme de devises étrangères reliées directement aux recettes tirées de la production d'une mine », mais elle « exclut toutefois la couverture du risque de change ». Fait révélateur, les contrats à terme se dénouent rarement par une livraison physique. De même, l'achat ou la vente à terme de devises étrangères est une opération distincte de la vente d'une marchandise sous-jacente et ne se dénouerait pas par la livraison physique de la marchandise. Bref, les autres éléments de la définition légale du terme « couverture » s'accordent avec l'interprétation large.

Selon PDC, le fait que, sous le régime de l'ancienne politique administrative, le ministre ait

Mining Tax Act to impose and collect tax from mining companies under the former administrative policy as evidence that the narrow interpretation of "hedging" does not introduce redundancy into the *Mining Tax Act*. This argument is unpersuasive. Redundancy does not necessarily prevent the consistent or successful application of a statutory provision. Rather, an interpretation that gives rise to a redundancy simply fails to give full effect to all of the elements in the statutory provision.

réussi à appliquer la disposition relative à la « couverture », figurant dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, pour imposer et percevoir des taxes payables par les sociétés minières démontre que l'interprétation restrictive du terme « couverture » ne crée aucune redondance dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Cet argument ne convainc pas. Une redondance ne fait pas nécessairement obstacle à l'application cohérente ou efficace d'une disposition législative. Au contraire, l'interprétation qui crée une redondance ne donne tout simplement pas plein effet à tous les éléments de la disposition législative.

In my view, in light of the scheme and context of the *Mining Tax Act*, the statutory definition of "hedging" must refer to something more than transactions that are settled by delivery of output. The "some link" test applied by Cullity J. is an appropriate response to the gap left in the *Mining Tax Act* by the failure to express more clearly what constitutes the "fixing of a price" for output of a mine. Moreover, the "some link" test accords with general accounting practices. It is certain that well-accepted business and accounting principles are not rules of law. They should not be used to displace rules of law, as legislatures are not bound by them and may modify them as they see fit for tax purposes. They must therefore play a subsidiary role to clear rules of law. However, this Court has readily acknowledged that "it would be unwise for the law to eschew the valuable guidance offered by well-established business principles" where statutory definitions are absent or incomplete: see *Canderel Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 147, at para. 35.

49 Selon moi, compte tenu de l'économie et du contexte de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*, la définition légale du terme « couverture » doit viser plus que les opérations qui se dénouent par une livraison de la production. Le critère de « l'existence d'un lien » appliqué par le juge Cullity constitue un bon moyen de combler le vide que la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* a laissé en ne clarifiant pas davantage ce qu'est la « fixation d'un prix » pour la production d'une mine. De plus, il s'accorde avec les pratiques comptables générales. Les principes commerciaux et comptables reconnus ne sont certes pas des règles de droit. En effet, ils ne doivent pas servir à écarter des règles de droit, car ils ne lient pas le législateur qui peut leur apporter les modifications jugées appropriées à des fins fiscales. Ils doivent donc jouer un rôle secondaire par rapport à des règles de droit claires. Toutefois, notre Cour a déjà reconnu que, en l'absence de définition légale ou en présence d'une définition légale incomplète, « il ne serait pas sage que le droit renonce aux indications précieuses qu'offrent des principes commerciaux bien établis » : voir l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 147, par. 35.

Before this Court, PDC argued that the interpretation urged by the Minister would introduce intolerable uncertainty into the *Mining Tax Act*. Without a bright line for distinguishing hedging transactions for the purpose of the *Mining Tax Act*, such as a delivery requirement, taxpayers would be unable to effectively predict their tax situations and to order their affairs intelligently. This argument is

50 PDC a soutenu, devant notre Cour, que l'interprétation préconisée par le ministre créerait une incertitude intolérable dans la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière*. Faute d'une délimitation claire des opérations de couverture pour l'application de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* en établissant, par exemple, une exigence de livraison, les contribuables seraient incapables de

not compelling. The fact that the taxpayer can and does, presumably on a principled basis, determine whether hedging profits relate directly to the output of a mine, for the purpose of claiming the resource allowance under the *Income Tax Act* and the Ontario *Corporations Tax Act* belies PDC's predictability argument. I note, in this vein, that PDC used the same financial information that it submitted with its tax return under the *Mining Tax Act* to claim that its hedging gains qualified as "resource profits" so as to entitle it to the resource allowance under the *Corporations Tax Act*.

prévoir quelle sera leur situation fiscale et d'organiser intelligemment leurs affaires. Cet argument n'est pas convaincant. L'argument de la prévisibilité avancé par PDC est contredit par le fait que les contribuables peuvent décider et qu'ils décident effectivement, vraisemblablement d'une manière rationnelle, si les bénéfices tirés d'une opération de couverture ont un lien direct avec la production d'une mine, en vue de demander la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur l'imposition des corporations* de l'Ontario. Dans le même ordre d'idées, je souligne que PDC s'est fondée sur les mêmes renseignements financiers qu'elle avait joints à sa déclaration de revenus produite en vertu de la *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* pour demander que les gains qu'elle avait tirés de ses opérations de couverture soient considérés comme des « bénéfices relatifs à des ressources » lui donnant droit à la déduction relative aux ressources prévue dans la *Loi sur l'imposition des corporations*.

51 The statutory provisions at issue in this case are far from flawless. Although the broad interpretation that I have adopted substantially resolves the redundancy problem, it gives rise to some unexpected consequences of its own. That being said, I do not find that any of these consequences is serious enough to outweigh the substantial redundancy that results on the narrow interpretation of "hedging". Although, as PDC has pointed out, "consideration" is generally a gross concept, in the context of the definition of "proceeds", "all consideration from hedging" must necessarily refer to a net concept. Any distortion to the ordinary commercial use of "consideration" is inherent in the *Mining Tax Act* itself. Similarly, although forward sales and options are distinguished from one another in terms of the particular way in which each is used to hedge price risk, both are used in much the same way to "fix the price" for output. PDC's argument about the serious distortion implicit in treating options as a subset of forward sales is belied by the PDC's own Annual Reports for the tax years in question. Those reports provide that "[t]he Corporation employs forward sales contracts including spot

Les dispositions législatives en cause dans la présente affaire sont loin d'être parfaites. Quoiqu'elle règle presque entièrement le problème de redondance, l'interprétation large que j'ai retenue entraîne elle-même des conséquences inattendues. Cela étant dit, je ne crois pas que l'une ou l'autre de ces conséquences soit suffisamment grave pour l'emporter sur la forte redondance qui résulte de l'interprétation restrictive du terme « couverture ». Bien que, comme l'a fait remarquer PDC, la « contrepartie » soit généralement une valeur brute, dans le contexte de la définition de « recettes », « toute contrepartie provenant d'opérations de couverture » doit nécessairement être une valeur nette. Toute entorse à l'utilisation commerciale normale de la « contrepartie » découle nécessairement de la Loi elle-même. De même, bien qu'elles fassent l'objet d'une distinction fondée sur la façon particulière dont elles protègent contre le risque de prix, les ventes à terme et les options sont utilisées de manière assez semblable pour « fixer le prix » de la production. L'argument de PDC au sujet de la grave entorse aux principes inhérente au fait de traiter les options comme une sous-catégorie de ventes à terme est contredit par ses propres

deferred contracts and options to hedge prices for anticipated gold sales" (emphasis added).

The *Mining Tax Act* defines "hedging" as the fixing of a price for the output of a mine before delivery by means of, *inter alia*, a forward sale. Options, as Cullity J. noted, are simply contingent forward sales, and they fix the price for output in much the same way that forward contracts do. To attach substantially different tax consequences, within the context of a provision that taxes "proceeds from hedging" to two forms of transactions that serve the same function as *hedging tools* would be an absurd result that the legislature could not have intended. Thus, I am unable to conclude that any of the subsidiary arguments raised by PDC outweigh the substantial redundancy that results from its proposed interpretation.

VI. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

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

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

rapports annuels relatifs aux années d'imposition en cause. Ces rapports précisent que [TRADUCTION] « [l]a société a recours à des contrats de vente à terme y compris des contrats à livraison différée et des options pour se prémunir contre les prix des ventes d'or prévues » (je souligne).

52 La *Loi de l'impôt sur l'exploitation minière* définit le mot « couverture » comme étant la fixation d'un prix pour la production d'une mine, avant livraison, au moyen notamment d'une vente à terme. Comme le souligne le juge Cullity, les options ne sont que des ventes à terme éventuelles et elles fixent le prix de la production à peu près de la même manière que le font les contrats à terme de gré à gré. Attacher, dans le contexte d'une disposition qui impose les « recettes provenant d'opérations de couverture », des conséquences fiscales très différentes à deux formes d'opération qui jouent le même rôle que des *instruments de couverture* serait une absurdité que le législateur ne peut avoir souhaitée. Je suis donc incapable de conclure que l'un ou l'autre des arguments subsidiaires avancés par PDC l'emporte sur la forte redondance créée par l'interprétation qu'elle préconise.

VI. Dispositif

53 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

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

Procureurs de l'intimée : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Jesuit Fathers of Upper Canada *Appellant*

v.

Guardian Insurance Company of Canada and ING Insurance Company of Canada *Respondents*

Jesuit Fathers of Upper Canada *Appelant*

c.

Compagnie d'assurance Guardian du Canada et Compagnie d'assurance ING Canada *Intimées*

INDEXED AS: JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA *v.* GUARDIAN INSURANCE CO. OF CANADA

Neutral citation: 2006 SCC 21.

File No.: 30709.

2006: January 10; 2006: June 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA *c.* CIE D'ASSURANCE GUARDIAN DU CANADA

Référence neutre : 2006 CSC 21.

N° du greffe : 30709.

2006 : 10 janvier; 2006 : 1 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Indian residential school operated and administered by religious order — Order's general liability policy providing for errors and omissions insurance with respect to professional services — Policy stipulating coverage to apply only "to claims which are first made against the Insured during the policy period" — After claim presented by former student, insurer informed by insured of physical and sexual abuse at school and put on notice during policy period that similar claims might be made by other former students — Whether insurer must defend only claims "first made" before policy expired — Whether policy imposed upon insurer duty to defend against actions where information of possible claims received by insurer during policy period.

Insurance — Comprehensive general liability policy — Scope of policy — Whether insurance contract claims-made policy — Definition of "claim" under policy.

The Jesuits operated and administered an Indian residential school from 1913 until its closure in 1958. In

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

Assurances — Obligation de défendre de l'assureur — Assurance responsabilité civile générale — Pensionnat autochtone dirigé et administré par un ordre religieux — Police souscrite par l'ordre applicable aux erreurs et aux omissions liées à la prestation de services professionnels — Stipulation selon laquelle la garantie ne s'applique qu'aux « réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance » — Réclamation d'un ancien pensionnaire amenant l'assuré à informer l'assureur d'abus physiques et sexuels commis au pensionnat et à lui donner avis, pendant la période d'assurance, de réclamations similaires possibles de la part d'autres anciens pensionnaires — L'assureur doit-il défendre l'assuré uniquement contre les réclamations « présentées pour la première fois » avant l'expiration de la police? — L'assureur avait-il l'obligation, suivant la police, de défendre l'assuré dans le cadre d'actions intentées relativement à des réclamations dont il avait été informé de la présentation éventuelle pendant la période d'assurance?

Assurances — Assurance responsabilité civile générale — Étendue de la garantie — Le contrat d'assurance équivaut-il à une police basée sur la présentation d'une réclamation? — Signification du terme « réclamation » employé dans la police.

Les Jésuites ont dirigé et administré un pensionnat autochtone de 1913 jusqu'à sa fermeture en 1958. En

1988, they purchased a comprehensive general liability policy which provided for errors and omissions insurance with respect to professional services. The policy was for a one-year period and was renewable annually. By January 1994, the Jesuits had, through various means, become aware of both general and specific allegations of abuse of students at the school. In the case of C, his lawyer had informed the Jesuits by letter dated January 27, 1994 of the former student's claim, detailing how he had suffered physical and sexual abuse, as well as cultural and physical deprivation. C's lawyer also had inquired about the possibility of a negotiated settlement. Counsel for the Jesuits wrote to the insurer on March 18, 1994 to raise the possibility that the Jesuits might be facing other claims in the near future. The letter identified the offending Jesuits, the dates and locations of offending acts, the nature of the possible claims and the names of 10 victims, including C. After receiving information about the claim and possible claims, the insurer refused to renew the policy beyond September 30, 1994. Numerous additional claims alleging similar allegations were made after the expiration of the policy. With the exception of C's claim, the insurer refused to defend any claims arising from the operation of the school because those claims were only "first made" after the expiry of the policy and were not covered by the policy. In the Ontario Superior Court of Justice, the trial judge construed the insurance contract as a claims-made policy. He found that C's claim and the claims on behalf of the nine victims mentioned in the March 18, 1994 letter to the insurer fell within the temporal limit of the policy and that the insurer had a duty to defend against them. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed. Except for C's claim, the insurer has no duty to defend the actions against the Jesuits resulting from the administration of the school.

Because there is no ambiguity in the policy, it is unnecessary to resort to the principles specific to the interpretation of insurance policies. The insurance contract, read as a whole, is a claims-made policy: the professional services coverage is only available for "claims which are first made against the Insured during the policy period". The policy requirement that both occurrences and claims be reported does not change the nature of the coverage offered under the policy. Even in a claims-made policy, an insurer may insist for a

1988, ils ont souscrit une police d'assurance responsabilité civile générale les protégeant contre les erreurs et les omissions dans la prestation de services professionnels. La police avait une durée d'un an et était renouvelable chaque année. En janvier 1994, les Jésuites ont appris de différentes sources l'existence d'allégations tant générales que particulières de mauvais traitements infligés à des pensionnaires. Dans une lettre datée du 27 janvier 1994, l'avocate de C a communiqué aux Jésuites la réclamation de son client, y précisant les abus physiques et sexuels ainsi que les privations d'ordre culturel et physique dont il avait été victime. L'avocate s'est également informée de la possibilité de négocier un règlement. Le 18 mars 1994, l'avocat des Jésuites a écrit à l'assureur, l'informant que d'autres réclamations pourraient viser ses clients dans un avenir rapproché. La lettre précisait l'identité des Jésuites fautifs ainsi que les dates et les lieux où se seraient produits les actes reprochés, la nature des réclamations éventuelles et les noms de 10 victimes, dont C. Une fois informé de la réclamation et des réclamations éventuelles, l'assureur a refusé de renouveler la police au-delà du 30 septembre 1994. De nombreuses réclamations comportant des allégations analogues ont été présentées après l'expiration de la police. Sauf dans le cas de la réclamation de C, l'assureur a refusé d'assumer la défense contre les réclamations découlant de l'administration du pensionnat au motif que ces réclamations n'avaient été « présentées pour la première fois » qu'après l'expiration de la police et ne bénéficiaient pas de la garantie. En première instance, le juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a interprété le contrat d'assurance comme une police basée sur la présentation d'une réclamation. Il a estimé que la réclamation de C et celles des neuf autres victimes mentionnées dans la lettre du 18 mars 1994 transmise à l'assureur avaient été présentées dans les limites temporelles de la police et que l'assureur avait l'obligation de défendre l'assuré contre elles. La Cour d'appel a confirmé sa décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Sauf dans le cas de la réclamation de C, l'assureur n'est pas tenu de défendre les Jésuites dans le cadre des actions intentées contre eux en liaison avec l'administration du pensionnat.

Vu l'absence d'ambiguïté dans la police, il est inutile d'avoir recours aux principes d'interprétation propres aux assurances. Considéré dans son ensemble, le contrat d'assurance est une police basée sur la présentation d'une réclamation : la garantie relative aux services professionnels ne s'applique qu'aux « réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance ». Le fait que la police exige la déclaration tant des sinistres que des réclamations ne modifie pas la nature de la garantie. Même dans le cas

number of reasons that it be informed of relevant circumstances or accidents prior to any related claim. The occurrence-based elements of the policy do not expand the coverage available; rather, they generally restrict it. [27-29] [41-43]

Since the insurance contract was a claims-made policy, the meaning of a "claim" in that policy will determine whether a duty to defend was triggered in the circumstances of the present case. The policy does not define a claim, but the clause limiting the scope of the insurance coverage refers to claims "first made" suggesting that a claim must be actively made as opposed to merely being discovered. This interpretation of the word "claim" is consistent not only with the wording of the policy, which distinguishes between an "occurrence or circumstance" and a "claim", but also with the definition of "claim" under the common law, which requires a third party to communicate an intention to hold the insured responsible for damages. The third party may communicate this intention through a representative. The key is that the representative be accurately communicating the intent of the claimant and that it is done with the claimant's full knowledge and approval. [45-53]

Here, with the exception of C, an intention to hold the insured responsible for damages was not communicated by former students during the policy period and, as a result, the insurer does not have a duty to defend the actions. Although the issue was not appealed in this Court, the trial judge erred in concluding that there were claims made by the nine other individuals named in the March 18, 1994 letter to the insurer. Nothing in the record suggests that the person who gave the names of these individuals to the Jesuits' investigator had the permission of these individuals, either express or implicit, to communicate an intention to hold the Jesuits responsible for injuries suffered at the school. In fact, it is unclear whether these individuals ever had such an intention. [1] [60]

Cases Cited

Referred to: *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *M. (K.)*

d'une police basée sur la présentation d'une réclamation, l'assureur peut, pour un certain nombre de raisons, exiger que l'assuré l'informe des circonstances ou de l'accident en cause avant la présentation de toute réclamation. Les éléments propres à une police basée sur la réalisation du sinistre n'accroissent pas la garantie, mais ont généralement pour effet de la restreindre. [27-29] [41-43]

Comme le contrat d'assurance était une police basée sur la présentation d'une réclamation, la signification du mot « réclamation » dans la police détermine si, en l'espèce, l'assureur avait l'obligation de défendre l'assuré. La police ne définit pas ce terme, mais la clause limitant la portée de la garantie renvoie aux réclamations « présentées pour la première fois », ce qui tend à indiquer qu'une réclamation doit être véritablement présentée, et non simplement découverte. Cette interprétation du mot « réclamation » est non seulement compatible avec le libellé de la police, qui distingue entre « événement ou circonstance » et « réclamation », mais également avec la définition de « réclamation » en common law, qui exige la communication par un tiers de son intention de tenir l'assuré responsable d'un dommage. Le tiers peut communiquer son intention par l'entremise d'un représentant. Il suffit que son intention soit transmise fidèlement, avec son consentement et son approbation. [45-53]

Dans la présente affaire, à l'exception de C, les anciens pensionnaires n'ont pas communiqué leur intention de tenir l'assuré responsable d'un dommage pendant la période d'assurance, de sorte que l'assureur n'a pas l'obligation de défendre l'assuré dans le cadre des actions. Même si elle n'a pas été contestée devant notre Cour, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les neuf autres victimes identifiées dans la lettre du 18 mars 1994 transmise à l'assureur avaient présenté des réclamations était erronée. Aucun élément du dossier ne tend à indiquer que la personne qui a communiqué leurs noms à l'enquêtrice des Jésuites avait été expressément ou tacitement autorisée à communiquer leur intention de tenir les Jésuites responsables de dommages subis au pensionnat. En fait, il n'est pas certain que ces victimes aient jamais formé pareille intention. [1] [60]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S.

v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Federal Insurance Co.*, 189 F.3d 208 (1999); *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801.

Authors Cited

Holmes' Appleman on Insurance 2d, Interim vol. 23. Newark, N.J.: LexisNexis, 2003.

Reid, Linda Thompson. *Statement to the Jesuits on Behalf of the Survivors of Child Sexual Abuse By the Jesuit Priest.* Ontario: Committee on Sexual Abuse, First Nations Cape Croker Reserve, June 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Gillese JJ.A.) (2004), 74 O.R. (3d) 79, 192 O.A.C. 102, 16 C.C.L.I. (4th) 24, [2005] I.L.R. ¶I-4351, [2004] O.J. No. 4641 (QL), affirming a decision of Whitten J. (2003), 68 O.R. (3d) 178, 6 C.C.L.I. (4th) 276, [2004] I.L.R. ¶I-4247, [2003] O.J. No. 4534 (QL). Appeal dismissed.

Donald G. McLean, Q.C., Wally Zimmerman and *Eugene Meehan, Q.C.*, for the appellant.

Vernol I. Rogers and *Thomas J. Donnelly*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LeBel J. —

I. Overview

(1) *Issue*

At issue in this appeal is whether an insurance policy issued by the Guardian Insurance Company of Canada ("Guardian") to the Jesuit Fathers of Upper Canada ("Jesuits") imposed on the insurer the duty to defend certain actions for damages arising out of the operation of the Garnier Residential School for Boys near Spanish, Ontario ("Spanish School"). As we shall see, the policy was a claims-made policy. In order to engage the insurer's duty to defend, it required, at the very least, the communication by a third party during the policy period of an intention to hold the insured responsible for damages. Such an intention was not communicated

888; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. c. Federal Insurance Co.*, 189 F.3d 208 (1999); *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801.

Doctrine citée

Holmes' Appleman on Insurance 2d, Interim vol. 23. Newark, N.J. : LexisNexis, 2003.

Reid, Linda Thompson. *Statement to the Jesuits on Behalf of the Survivors of Child Sexual Abuse By the Jesuit Priest.* Ontario : Committee on Sexual Abuse, First Nations Cape Croker Reserve, June 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Gillese) (2004), 74 O.R. (3d) 79, 192 O.A.C. 102, 16 C.C.L.I. (4th) 24, [2005] I.L.R. ¶I-4351, [2004] O.J. No. 4641 (QL), qui a confirmé un jugement du juge Whitten (2003), 68 O.R. (3d) 178, 6 C.C.L.I. (4th) 276, [2004] I.L.R. ¶I-4247, [2003] O.J. No. 4534 (QL). Pourvoi rejeté.

Donald G. McLean, c.r., Wally Zimmerman et *Eugene Meehan, c.r.*, pour l'appelant.

Vernol I. Rogers et *Thomas J. Donnelly*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge LeBel —

I. Survol

(1) *Litige*

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si une police d'assurance établie par la Compagnie d'assurance Guardian du Canada (« Guardian ») au bénéfice des Jesuit Fathers of Upper Canada (« Jésuites ») obligeait l'assureur à défendre l'assuré dans le cadre d'actions en dommages-intérêts découlant de l'administration, par les Jésuites, du Garnier Residential School for Boys près de Spanish, en Ontario (« pensionnat de Spanish »). Nous verrons qu'il s'agissait d'une police basée sur la présentation d'une réclamation. Ainsi, pour que l'assureur soit tenu de défendre l'assuré, il fallait à tout le moins que, pendant

during the policy period and, as a result, the insurer does not have a duty to defend the actions. The appeal should be dismissed.

(2) *Background*

(a) Operation of Spanish School by the Jesuits

2 Between the late 1800s and 1969, the federal government operated a number of residential schools in partnership with various religious orders. The objective of the schools was to educate Aboriginal children and facilitate their assimilation into the dominant western European culture. The federal government partnered with the Diocese of Sault Ste. Marie to operate and administer the Spanish School. The Diocese of Sault Ste. Marie retained the Jesuits to operate and administer the school from 1913 until its closure in 1958. The school drew Aboriginal children from reserves across Ontario. Given the limited federal funding, the students at the Spanish School were expected to participate in food cultivation and preparation, animal husbandry, the manufacture of clothing and the physical maintenance of the facility — all under the supervision of the Jesuits.

(b) Early Indications of Problems at the Spanish School

3 At the end of July 1988, following a reunion of former students over the civic holiday, the *Sudbury Sun* and the *Globe and Mail* newspapers published articles which were critical of the administration of the Spanish School. In particular, the criticism centred on harsh discipline and the negative impact on Aboriginal culture.

4 On July 11, 1991, an Aboriginal parishioner told the parish priest for the village of Cape Croker that he had been abused as an altar boy by Father George Epoch, a Jesuit who had worked at the Spanish

la période d'assurance, un tiers communique son intention de tenir ce dernier responsable d'un dommage. À défaut d'une telle communication au cours de cette période, l'assureur n'avait pas à défendre l'assuré dans le cadre des actions. En conséquence, le pourvoi doit échouer.

(2) *Faits*

a) Administration du pensionnat de Spanish par les Jésuites

De la fin des années 1800 à 1969, le gouvernement fédéral a administré en partenariat avec divers ordres religieux un nombre important de pensionnats. On avait donné à ces derniers la mission d'éduquer les enfants autochtones et de favoriser leur assimilation à la culture dominante, celle de l'Europe occidentale. Dans ce contexte, le gouvernement fédéral s'est associé au diocèse de Sault Ste. Marie, qui a retenu les services des Jésuites pour diriger et administrer le pensionnat de Spanish de 1913 jusqu'à sa fermeture en 1958. Les pensionnaires étaient de jeunes autochtones provenant de réserves de tout l'Ontario. Le financement limité accordé par le gouvernement fédéral obligeait les pensionnaires de Spanish à participer à la culture des aliments et à leur préparation, à l'élevage des animaux, à la confection de vêtements et à l'entretien physique des lieux, sous la surveillance des Jésuites.

b) Premiers indices de problèmes au pensionnat de Spanish

À la fin de juillet 1988, après une réunion d'anciens pensionnaires pendant le congé férié provincial, le *Sudbury Sun* et le *Globe and Mail* ont publié des articles qui critiquaient l'administration du pensionnat de Spanish. Leurs critiques insistaient particulièrement sur la discipline rigoureuse de l'établissement et son impact négatif sur la culture autochtone.

Le 11 juillet 1991, un paroissien autochtone a confié au curé du village de Cape Croker que, lorsqu'il était servant de messe, le père George Epoch, un jésuite qui travaillait au pensionnat

School, and that residential schools had "screwed up" generations of native people. The parishioner's wife added that "unnatural" sexual activity had occurred at the schools.

(c) Investigation Into Allegations of Sexual Abuse

As a result of the July 11, 1991 allegations, the Jesuits appointed Father William Addley to investigate the allegations concerning Father Epoch. During the investigation, Larry Lavallee reported being physically abused by Father Brown while a student at the Spanish School between 1948 and 1956 and that his cousin had been sexually abused by another priest. Mr. Lavallee cautioned his son against providing more information to the investigator without first speaking to a lawyer. On October 16, 1991, the Cape Croker Band Council and representatives of the Jesuits met to discuss the allegations of impropriety made against Father Epoch. Some in attendance supported an investigation while others did not.

In June 1992, a report was produced by Linda Thompson Reid, a social worker, on behalf of the Committee on Sexual Abuse, First Nations Cape Croker Reserve. The report entitled *Statement to the Jesuits on Behalf of the Survivors of Child Sexual Abuse By the Jesuit Priest* dealt with the abuse by Father Epoch and, more generally, the "unresponsive" attitude of the Aboriginal community in Cape Croker, who had remained in denial of their own suffering in residential schools. The report also called on the Jesuits to take full responsibility and for victims to come forward and request compensation.

By January 6, 1993, the Jesuits learned that the Ontario Provincial Police ("O.P.P.") were investigating allegations at the Spanish School. The Jesuits fully co-operated with the investigation. On January 21, 1993, the Jesuit Advisory Committee was informed of the ongoing O.P.P. investigation and that a member of the Aboriginal community had acknowledged the fact of sexual abuse but would not discuss the matter further. Shortly

de Spanish, l'avait agressé et que les pensionnats avaient [TRADUCTION] « gâché la vie » de générations d'Autochtones. L'épouse du paroissien a ajouté que les pensionnats avaient été le lieu d'activités sexuelles « contre nature ».

c) Enquête sur les allégations d'agression sexuelle

Par suite de ces révélations, les Jésuites ont confié au père William Addley le mandat de faire la lumière sur les faits reprochés au père Epoch. Au cours de l'enquête, Larry Lavallee, pensionnaire de 1948 à 1956, a révélé que le père Brown l'avait brutalisé et qu'un autre prêtre avait agressé sexuellement son cousin. M. Lavallee a incité son fils à ne pas en dire davantage à l'enquêteur avant de consulter un avocat. Le 16 octobre 1991, le conseil de bande de Cape Croker et des représentants des Jésuites se sont réunis pour discuter des actes imputés au père Epoch. Certaines des personnes présentes appuyaient la tenue d'une enquête, d'autres non. 5

En juin 1992, une travailleuse sociale, Linda Thompson Reid, a rédigé pour le compte du comité sur la violence sexuelle de la réserve des Premières nations de Cape Croker un rapport intitulé *Statement to the Jesuits on Behalf of the Survivors of Child Sexual Abuse By the Jesuit Priest*. Elle y traitait des abus du père Epoch et, de façon plus générale, de l'« insensibilité » de la collectivité autochtone de Cape Croker, qui avait toujours nié les sévices infligés aux siens dans les pensionnats. Le rapport invitait aussi les Jésuites à accepter l'entière responsabilité des actes commis, et les victimes à s'identifier et à demander une indemnité. 6

Dès le 6 janvier 1993, les Jésuites avaient appris que la Police provinciale de l'Ontario enquêtait sur des dénonciations relatives au pensionnat de Spanish. Les appelants ont alors offert de collaborer sans réserve à l'enquête. Le 21 janvier suivant, le comité consultatif des Jésuites a été informé qu'une enquête policière était en cours et qu'un membre de la collectivité autochtone avait reconnu que des agressions sexuelles avaient eu lieu, mais 7

thereafter, the Jesuits retained Mike Myers to act as a facilitator with the Cape Croker community. Mr. Myers' interviews with the members of the community revealed that some allegations of abuse dated back to a time where Father Epoch worked at the Spanish School. The facilitator recommended that the Jesuits work and provide assistance to the First Nations Advocates Committee and Working Group of Survivors.

8 The Jesuits then hired an investigator, Mary Wells. Through her June 30, 1993 interview with Jane Mundy, a regular visitor at the Anishnabe Spiritual Centre, she was told: (1) James Mara, a cook at the Spanish School, may have abused residents; (2) there were rumours of abuse by several Jesuit teachers including Father Epoch; and (3) the names of 10 former students she believed were abused. She did not have permission to disclose any additional names. Ms. Wells produced her preliminary report on October 18, 1993. She named 10 possible victims including Peter Cooper and explained that Ms. Mundy had volunteered to contact victims and encourage them to speak with Ms. Wells. Ms. Mundy later became apparently dissatisfied with the investigation and asked for the return of her notes. She indicated that all further correspondence should be through her lawyer.

9 Some of the victims of the abuse allegedly perpetrated by Father Epoch retained a lawyer, Roger Tucker. Mr. Tucker wrote to the negotiator hired to resolve the matter explaining that there had been many allegations of abuse at the Spanish School and that it was not proper to support one group of victims (victims of Father Epoch — as parish priest) and not another group, their parents (victims of abuse at the Spanish School).

10 By November 1993, the Chiefs of the relevant First Nations told the Jesuits that their investigation would be disruptive to their community and that no further steps should be taken without band council involvement and approval. The Jesuits

refusé d'en dire plus. Peu après, les Jésuites ont retenu les services de Mike Myers pour amorcer un dialogue avec la collectivité de Cape Croker. Au fil de ses entretiens, le facilitateur a appris que certains des abus allégués remontaient à l'époque où le père Epoch travaillait au pensionnat de Spanish. À ce moment, il a recommandé aux Jésuites d'appuyer le comité de défense des Premières nations ainsi que le groupe de travail sur les victimes et de collaborer avec eux.

Les Jésuites ont par la suite engagé un autre enquêteur, Mary Wells. Le 30 juin 1993, un entretien de M^me^ Wells avec Jane Mundy, qui fréquentait régulièrement le centre spirituel anishnabe, lui a appris que (1) James Mara, cuisinier au pensionnat de Spanish, aurait pu agresser des pensionnaires, que (2) selon certaines rumeurs, plusieurs enseignants jésuites, dont le père Epoch, auraient commis des abus et que (3) 10 anciens pensionnaires nommément identifiés auraient, selon elle, été agressés. M^me^ Wells n'était pas autorisée à divulguer d'autres noms. Dans son rapport préliminaire déposé le 18 octobre 1993, elle a confirmé les noms de 10 victimes possibles, dont Peter Cooper, et précisé que M^me^ Mundy s'était proposée pour retracer les victimes et les encourager à communiquer avec l'enquêtrice. Apparemment insatisfaite du déroulement de l'enquête, M^me^ Mundy a par la suite demandé qu'on lui rende ses notes et indiqué que tout échange ultérieur se ferait par l'entremise de son avocat.

Certaines des victimes des abus reprochés au père Epoch ont retenu les services d'un avocat, Roger Tucker. Ce dernier a écrit au négociateur engagé pour donner suite aux plaintes, expliquant que de nombreux abus auraient été commis au pensionnat de Spanish, mais qu'il ne lui semblait pas opportun de soutenir un groupe de victimes, celui des victimes d'un prêtre, le père Epoch, sans appuyer l'autre, celui de leurs parents, victimes d'abus au pensionnat de Spanish.

En novembre 1993, les chefs des Premières nations en cause ont informé les Jésuites que leur enquête perturberait leur collectivité et qu'aucune autre démarche ne devait être entreprise sans la participation et le consentement du conseil de

responded that they would comply with the Chiefs' wishes.

In sum, by January 1994, the Jesuits were aware of both general and specific allegations of the abuse of students at the Spanish School. The O.P.P. investigation had been abandoned. Jane Mundy had named both suspected victims and perpetrators but only Mr. Lavallee had made his allegations directly to the Jesuits.

(d) Events Leading to Current Dispute — The First Claim: Peter Cooper

By letter dated January 27, 1994, a lawyer, Helen Pierce, informed the Jesuits of a claim in regard to her client Peter Cooper ("Cooper Claim"). The letter explained that Mr. Cooper had been a student at the Spanish School from 1941 to 1949 and detailed how he had suffered physical and sexual abuse, as well as cultural and physical deprivation. The letter alleged that there had been insufficient supervision of both offending teachers and their students. The letter explained the impact of this treatment on Mr. Cooper's life. Ms. Pierce also inquired about the possibility of a negotiated settlement. A statement of claim was later issued on May 8, 1995 containing similar allegations.

(3) *Insurance Coverage in 1994*

The Jesuits purchased insurance from Guardian in the form of a comprehensive general liability policy ("Policy") and an umbrella policy from September 30, 1988 until September 30, 1994. The general liability policy provided errors and omissions insurance with respect to professional services. The policy had an annual limit of $1,000,000 for each occurrence and $1,000,000 in the aggregate. The umbrella policy was similarly structured, except that it increased the annual limit both individually and in the aggregate to $4,000,000.

Both parties agree that the allegations made in the Cooper Claim and the subsequent claims involve injury arising from the failure to properly

bande. Les Jésuites ont répondu qu'ils respecteraient leur vœu.

11 Bref, en janvier 1994, les Jésuites connaissaient l'existence d'allégations tant générales que particulières de mauvais traitements infligés au pensionnat de Spanish. La police avait abandonné son enquête. Jane Mundy avait révélé l'identité de victimes et d'agresseurs allégués, mais seul M. Lavallee avait communiqué ses allégations directement aux Jésuites.

d) Événements à l'origine du litige — la première réclamation : Peter Cooper

12 Le 27 janvier 1994, l'avocate Helen Pierce a transmis aux Jésuites une lettre les informant de la réclamation de son client, Peter Cooper (« réclamation Cooper »). Elle y expliquait que ce dernier avait fréquenté le pensionnat de Spanish de 1941 à 1949 et y précisait les abus physiques et sexuels ainsi que les privations d'ordre culturel et physique dont il avait été victime. La lettre contenait des allégations au sujet des insuffisances de la surveillance des enseignants fautifs et de leurs élèves et soulignait l'impact des sévices sur la vie de M. Cooper. M^e^ Pierce s'informait également de la possibilité de négocier un règlement. Le 8 mai 1995, une action en justice renfermant des allégations similaires a été déposée.

(3) *La garantie d'assurance en 1994*

13 Les Jésuites avaient souscrit auprès de Guardian une police d'assurance responsabilité civile générale (« police ») et une police d'assurance complémentaire pour la période du 30 septembre 1988 au 30 septembre 1994. La première protégeait l'assuré contre les erreurs et les omissions liées à la prestation de services professionnels; la limite annuelle était de 1 000 000 $ par événement et de 1 000 000 $ au total. La seconde police était rédigée de la même manière, sauf à l'égard de la limite annuelle qu'elle portait à 4 000 000 $ par événement et au total.

14 Les deux parties conviennent que le dommage allégué dans la réclamation Cooper et dans les réclamations subséquentes résulte de l'inexécution

render professional services. The insurer also concedes that the Cooper Claim was made, through the letter of Ms. Pierce, during the policy period and, therefore, it has a duty to defend against it.

(4) *Jesuits' Report to Guardian ("Zimmerman Letter")*

15 Counsel for the Jesuits, W. Zimmerman, wrote to Guardian on March 18, 1994 to raise the possibility that the Jesuits might be facing other claims in the near future. Pursuant to the terms of the policies, the letter contained information about claims and potential claims and followed the requirements of Condition F(1), Notice of Accident or Occurrence. The letter identified the offending Jesuits, the dates and locations of offending acts, the nature of the possible claims and the names of 10 victims identified by Ms. Mundy, including Peter Cooper. The letter stated that none of the alleged victims had come forward (this was not true in the case of Peter Cooper). What happened in respect of the claims of these 10 victims is not clear. Comments from counsel during the hearing in this Court suggest that these claims are now moot.

(5) *Additional Claims*

16 Numerous additional claims, approximately 100, were made after the expiration of the policy. These claims involved allegations similar to those reported in the Zimmerman Letter including physical, sexual and cultural abuse at the Spanish School resulting from the lack of proper supervision of staff and students by the Jesuits. These are the claims that the appellant submits should be covered by the Policy even though the specific demands for compensation were not made during the policy period. In settlement of these claims, the Jesuits have thus far paid $1.2 million. They have also expended more than $1.8 million in legal fees for the current litigation and for defending the claims for which coverage has been denied.

par les Jésuites de leur obligation de rendre des services professionnels appropriés. L'assureur admet de plus que la réclamation Cooper a été présentée pendant la période d'assurance, par l'entremise de M^e^ Pierce, de sorte qu'il doit assumer la défense de l'assuré.

(4) *La déclaration des Jésuites à Guardian (« lettre de M^e^ Zimmerman »)*

Le 18 mars 1994, l'avocat des Jésuites, W. Zimmerman, a écrit à Guardian pour l'informer que d'autres réclamations pourraient viser ses clients dans un avenir rapproché. Conformément aux stipulations des polices, la lettre donnait des renseignements sur les réclamations en cours et celles qui pourraient survenir. Cette lettre respectait ainsi la condition F(1) (Déclaration d'accident ou de sinistre). En effet, elle précisait l'identité des jésuites fautifs ainsi que les dates et les lieux où se seraient produits les actes reprochés, la nature des réclamations éventuelles et les noms des 10 victimes identifiées par M^me^ Mundy, dont Peter Cooper. Elle ajoutait qu'aucune des victimes alléguées ne s'était manifestée (ce qui n'était pas le cas de Peter Cooper). On ignore le sort exact des réclamations de ces 10 personnes. Des commentaires des avocats présents à l'audience devant notre Cour laissent penser qu'elles n'ont plus vraiment d'importance.

(5) *Les autres réclamations*

De nombreuses réclamations — environ 100 — ont été présentées après l'expiration de la police. Elles comportaient des allégations analogues à celles formulées dans la lettre de M^e^ Zimmerman, y compris les abus physiques, sexuels et culturels commis au pensionnat de Spanish à cause des insuffisances de la surveillance du personnel et des élèves par les Jésuites. Selon l'appelant, la police devrait s'appliquer à ces réclamations même si les demandes d'indemnité n'ont pas été présentées pendant la période d'assurance. Pour régler ces réclamations, les Jésuites ont versé à ce jour 1,2 million dollars. En outre, ils ont payé plus de 1,8 million de dollars en honoraires d'avocats dans le cadre de la présente instance et pour contester les réclamations à l'égard desquelles l'assureur a refusé d'admettre toute obligation de défense.

(6) *Guardian's Refusal to Renew Coverage*

After receiving information about the claims and possible claims arising out of the operation of the Spanish School in the Zimmerman Letter, Guardian refused to renew the Policy beyond September 30, 1994. The Jesuits ultimately obtained coverage from a different insurer but any claims arising from the operation of the Spanish School were explicitly excluded from coverage for sexual and physical abuse.

(7) *Guardian's Denial of Duty to Defend*

With the exception of the Cooper Claim, Guardian refused to defend any claims arising from the operation of the Spanish School. It took the position that those claims were not covered by the Policy since they were only "first made" after the expiry of the Policy.

(8) *Judicial History*

(a) Ontario Superior Court of Justice ((2003), 68 O.R. (3d) 178)

As a starting point for his analysis of the different issues, Whitten J. acknowledged that the appellant had rendered professional services covered by the policy. None of its exclusion clauses would operate to deny coverage. The issue was rather whether the claim had arisen outside the temporal limits of the policy. The trial judge construed the insurance contract as a claims-made policy, but incorporating occurrence-based elements:

The Guardian policy is a claims-made or discovery policy with occurrence-based elements. The latter elements appear within the characterization of a claim and in the notice provisions under the policy. The notice provisions in particular required the reporting of any

(6) *Le refus de Guardian de renouveler la garantie*

17 Après que M^e^ Zimmerman l'eut informée par lettre des réclamations en cours et des réclamations éventuelles découlant de l'administration du pensionnat de Spanish, Guardian a refusé de renouveler la police au-delà du 30 septembre 1994. Les Jésuites ont finalement obtenu une garantie d'un autre assureur, mais la police stipulait expressément que la garantie relative aux abus sexuels et physiques ne s'appliquait pas aux réclamations résultant des activités du pensionnat de Spanish.

(7) *La négation par Guardian de son obligation de défendre l'assuré*

18 Sauf dans le cas de la réclamation Cooper, Guardian a refusé d'assumer la défense contre les réclamations découlant de l'administration du pensionnat de Spanish. Selon elle, la police ne s'appliquait pas à ces réclamations puisqu'elles n'avaient été [TRADUCTION] « présentées pour la première fois » qu'après son expiration.

(8) *Historique des procédures judiciaires*

a) Cour supérieure de justice de l'Ontario ((2003), 68 O.R. (3d) 178)

19 Dans son analyse des différentes questions en litige, le juge Whitten a reconnu au départ que l'appelant avait rendu des services professionnels assurés. Aucune des clauses d'exclusion de la police n'écartait son application. La question consistait plutôt à déterminer si la réclamation s'inscrivait dans les limites temporelles de la police. Le juge de première instance a alors interprété le contrat d'assurance comme une police basée sur la présentation d'une réclamation, mais comportant des éléments d'une police basée sur la déclaration du sinistre pendant la période d'assurance :

[TRADUCTION] La police établie par Guardian est une police dont l'application de la garantie dépend de la présentation d'une réclamation ou de la découverte d'un sinistre susceptible de donner lieu à une réclamation, et elle comporte certains éléments d'une police basée sur

alleged injury to which the insurance applies. It is the occurrence based elements and the absence of a definition of "claim" and a formal demand with respect to a "claim" which led to an analysis based on context and what is objectively reasonable to determine what constitutes a "claim".

la réalisation du sinistre. Ces éléments ressortent de la qualification de la réclamation et des stipulations relatives à la déclaration d'un sinistre, lesquelles exigent plus particulièrement que soit signalé tout dommage allégué auquel s'applique la police d'assurance. Les éléments d'une police basée sur la réalisation du sinistre et l'absence de définition du mot « réclamation » et d'une demande formelle relative à une « réclamation » ont mené à une analyse fondée sur le contexte et sur ce qui est objectivement raisonnable pour déterminer ce que constitue une « réclamation ».

. . . The essential nature of the alleged negligence of the Jesuits is within the policy. The question then becomes, are there "claims" made for that coverage within the temporal limits of the policy? [paras. 130-31]

. . . Par essence, la négligence alléguée des Jésuites ressortit à la police. Il s'agit de savoir si des « réclamations » garanties ont été présentées dans les limites temporelles de la police. [par. 130-131]

20 In assessing whether the claims were made within the temporal limits of the Policy, the trial judge found that the Cooper Claim and the claims on behalf of victims mentioned in the Zimmerman Letter fell within the scope of coverage and that Guardian had a duty to defend against them. On the other hand, claims which came up later would not be covered. A notice of a general belief that claims would be presented did not amount to a claim made during the policy period and would not trigger the duty to defend:

Pour déterminer si les réclamations avaient été présentées dans les limites temporelles de la police, le juge de première instance a estimé que la réclamation Cooper ainsi que celles des autres victimes mentionnées dans la lettre de M^e^ Zimmerman bénéficiaient dans la garantie de défense et que Guardian avait l'obligation de défendre l'assuré contre elles. Cependant, les réclamations ultérieures ne relevaient pas du champ d'application de cette garantie. La communication d'une croyance générale que des réclamations seraient présentées ne constituait pas une réclamation présentée au cours de la période d'assurance et, partant, n'engageait pas l'obligation de l'assureur de défendre l'assuré :

Given the context of what the Jesuits faced in the early part of 1994, there is no doubt that the Peter Cooper claim is literally a "claim" within the policy, temporally and otherwise. The Cooper claim adds to that original context, and claims on behalf of those additional named victims in the correspondence of W. Zimmerman, dated March 18, 1994, can be equally so described. Therefore, there is a duty to defend on the part of the insurer with respect to those claims. Claims made on behalf of plaintiffs/complainants not described during the policy period are not "claims" for the purpose of the coverage, as they are neither "first made" during the policy period as is required by the policy, nor were they discovered as such during the policy period. A general belief as to the possible existence of further complaints "out there" lacks the specificity required for the basis of a claim under the policy. [para. 132]

[TRADUCTION] Vu la situation des Jésuites au début de 1994, il ne fait aucun doute que la réclamation de Peter Cooper constitue bel et bien une « réclamation » au sens de la police, notamment sur le plan temporel. La réclamation de M. Cooper s'ajoute à ce contexte initial, tout comme celles des autres victimes identifiées dans la lettre de W. Zimmerman datée du 18 mars 1994. L'assureur a donc l'obligation de défendre l'assuré à l'égard de ces réclamations. Ne constituent pas des « réclamations » pour l'application de la garantie les réclamations de demandeurs ou de plaignants non identifiés pendant la période d'assurance puisqu'elles n'ont été ni « présentées pour la première fois » ni découvertes pendant la période d'assurance comme l'exigeait la police. La croyance générale que des réclamations pourraient être présentées à un moment ou l'autre n'est pas suffisamment précise pour constituer une réclamation au sens de la police. [par. 132]

(b) Ontario Court of Appeal ((2004), 74 O.R. (3d) 79)

In dismissing the appeal, the Ontario Court of Appeal endorsed the decision of the trial judge. It noted that:

> . . . the appellant's knowledge of circumstances or prior events that could give rise to claims against the appellant for compensation at some point in the future could not be equated with a claim for the purposes of the insuring agreement provisions in the policy. [para. 2]

II. Analysis

The central issue before this Court is the scope of the Policy: Is it claims-made? An ancillary issue then arises: What is a claim?

(1) *Insurance Coverage for Professional Negligence*

(a) Types of Policies

Significant variation may be observed in the nature and structure of policies insuring against risks arising from the offering of professional services. Generally, the drafting of such policies reflects two main approaches for the determination of whether a claim is captured, from a temporal perspective. The first and more traditional approach, the occurrence-based approach, focuses on the occurrence of the negligent act. If the negligent act giving rise to the damages occurred during the policy period, the insurer is required to indemnify the insured for any damages arising from it regardless of when the actual claim is made. The second approach, the claims-made approach, focuses on the claim made by the third party. If a claim is made by a third party during the policy period, the insurer is required to indemnify regardless of when the negligent act giving rise to the claim occurred. Naturally, a particular policy may use the first or the second approach or a hybrid of both. The issue is always what a particular policy dictates. See generally, *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252.

b) Cour d'appel de l'Ontario ((2004), 74 O.R. (3d) 79)

21 La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté le pourvoi, faisant sienne la décision du juge de première instance :

> [TRADUCTION] . . . la connaissance qu'avait l'appelant de circonstances ou d'événements antérieurs susceptibles donner lieu ultérieurement à des demandes d'indemnité dirigées contre lui ne pouvait être assimilée à une réclamation pour l'application des clauses de la police précisant l'objet de l'assurance. [par. 2]

II. Analyse

22 Fondamentalement, le présent pourvoi porte sur l'étendue de la garantie : la police est-elle basée sur la présentation d'une réclamation? Cette première interrogation soulève une question connexe : qu'est-ce qu'une réclamation?

(1) *La garantie contre la négligence professionnelle*

a) Les types de polices

23 On observe des différences importantes dans la nature et la structure des polices d'assurance contre le risque lié à la prestation de services professionnels. En règle générale, deux approches principales fondées sur le libellé de ces polices permettent de déterminer si une réclamation existe du point de vue temporel. La première, plus traditionnelle, est axée sur l'événement et met l'accent sur le moment où survient l'acte négligent. Lorsque la négligence à l'origine du dommage se produit au cours de la période d'assurance, l'assureur est tenu d'indemniser l'assuré de tout dommage qui en découle, quel que soit le moment de la réclamation. La seconde, axée sur la réclamation, s'attache à la demande du tiers. Lorsque ce dernier présente une réclamation pendant la période d'assurance, l'assureur doit indemniser l'assuré sans égard au moment où s'est produit l'acte négligent. Évidemment, une police donnée peut faire appel à la première ou à la seconde approche, ou aux deux (police hybride). Toutefois, il s'agit toujours de déterminer ce qu'elle prévoit. Voir généralement l'arrêt *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252.

24 The development and growing use of claims-made or hybrid policies was, in large part, a response to serious problems encountered by insurers in relation to occurrence-based policies. An occurrence-based policy works well where the damage resulting from a particular negligent act is immediately apparent (or becomes apparent shortly thereafter). It is less well-suited in cases of professional services such as medical, engineering or manufacturing services, where the damage from the negligent act may not be apparent for many years. First, the "long-tail" nature of the liability in the examples above makes it likely that many claims will be made well after the policy has expired. Second, the ongoing developments in law and science make it difficult for the insurer to estimate the potential liability arising from claims made many years in the future. Finally, where an insured repeatedly changes insurance companies, a claim made in the future could result in legal battles between insurance companies where the exact timing of the negligence is unknown or where the negligence was of an ongoing nature. These problems increase the difficulty of assessing actuarial risk. As a result, premiums may rise sharply. Coverage may even become unavailable on the market. (See *Reid Crowther*, at pp. 262-63.)

Les polices basées sur la présentation d'une réclamation (appelées ci-après « polices-réclamation ») et les polices hybrides ont connu un essor et une popularité accrus en grande partie à cause des graves problèmes que l'exécution des garanties prévues par les polices basées sur la réalisation du sinistre ont causé aux assureurs. Ce dernier type de police convient lorsque le dommage résultant d'un acte négligent est immédiatement apparent (ou le devient rapidement). Il s'adapte moins aux services professionnels, comme ceux des médecins, des ingénieurs ou des fabricants, où le dommage causé par l'acte négligent peut se manifester bien des années plus tard. D'abord, le caractère « prolongé » de la responsabilité rend alors possible la présentation de nombreuses réclamations bien après l'expiration de la police. Ensuite, l'évolution du droit et de la science rend difficile pour l'assureur de prévoir l'étendue d'obligations susceptibles de découler de réclamations présentées des années plus tard. Enfin, lorsqu'un assuré change fréquemment d'assureur, la présentation d'une réclamation risque de provoquer des affrontements entre les compagnies d'assurance successives devant les tribunaux lorsque le moment exact de l'acte négligent n'est pas connu ou que la négligence revêt un caractère continu. Ces problèmes rendent alors plus difficile le calcul du risque actuariel. En conséquence, les primes peuvent augmenter considérablement, et la garantie peut même disparaître du marché. (Voir *Reid Crowther*, p. 262-263.)

25 On the other hand, claims-made and hybrid policies have their own drawbacks. Although considerably more affordable since there is no possibility of claims arising after the end of the coverage period, they also offer more limited coverage. They may even leave gaps in the coverage sought by the insured (*Reid Crowther*, p. 266). In a discovery policy, the insurer is liable to indemnify if the damages are discovered during the policy period. In a claims-made policy, the liability only arises if the claim is actually made during the policy period. Many claims-made policies offer even more restricted coverage. For example, the policy might exclude from coverage any negligence of which the insured is aware prior to the coverage period even if no claims have been made. This leaves the

Par contre, la police-réclamation et la police hybride comportent aussi des inconvénients. L'absence de possibilités de réclamations après l'expiration de la période d'assurance réduit substantiellement la prime, mais diminue en contrepartie l'étendue de la protection offerte. Ce type de police peut même laisser des trous dans les garanties requises par l'assuré (*Reid Crowther*, p. 266). En effet, dans le cas d'une police basée sur la découverte, l'assureur doit protéger l'assuré lorsque le dommage est découvert pendant la période d'assurance. Dans celui d'une police-réclamation, cette obligation n'est engagée que lorsque la réclamation est présentée au cours de la période d'assurance. D'ailleurs, bien des polices-réclamation offrent une garantie encore plus restreinte. Par exemple, la

insured in the situation where, although consistently insured over a period of years, there are still certain claims that do not fall within the purview of the policy — namely, claims where the underlying damages (and related negligence) are discovered in one policy period but the claim is not made by a third party until a subsequent period. The current insurer may then be off the hook, while a new insurer will require an exclusion of the potential claims in its policy. The insured will fall between two stools.

police peut exclure toute négligence dont l'assuré a connaissance avant la période d'assurance même si aucune réclamation n'a été présentée. Dans ce cas, bien que l'assuré ait toujours été assuré pendant des années, certaines réclamations se situeront hors du cadre de la couverture d'assurance — par exemple, lorsque le dommage sous-jacent et la négligence qui l'a causé sont découverts au cours d'une période d'assurance, mais que le tiers ne présente sa réclamation qu'au cours d'une période subséquente. L'assureur du moment peut alors échapper à toute obligation, alors que l'assureur suivant aura exigé l'exclusion des réclamations éventuelles. L'assuré se retrouvera assis entre deux chaises.

(b) Additional Coverage Available

b) La garantie complémentaire offerte

Given the potential for gaps in coverage with certain forms of claims-made and hybrid insurance policies, the insurance industry has developed additional coverage. It comes with a price. In particular, the insured may be given the option of including various clauses to avoid gaps in its professional negligence coverage. One such clause is the "Extended Reporting Period", "Discovery Period" or "Tail Coverage". This clause would cover claims made for a specified length of time after the expiry of the policy. For example, a two-year extended reporting period option would capture claims made up to two years after the expiry of the policy (*Holmes' Appleman on Insurance 2d*, Interim vol. 23 (2003), § 146.4, at p. 83). This clause protects the insured against the possibility of an insurer refusing to renew a policy after being made aware of circumstances that may give rise to many claims in the near future. Another clause is the "Notice of Circumstance Clause", which permits the insured to report during the policy period circumstances that may give rise to future claims. Any claims related to those circumstances made after the expiry of the period are deemed made during the policy period. This form of coverage was available on the market when the Guardian policies were last renewed.

26 En raison des lacunes que peuvent présenter les garanties prévues par certaines catégories de polices-réclamation et de polices hybrides, les assureurs offrent des garanties complémentaires. Ces garanties ont leur prix. Ainsi, on peut proposer à l'assuré de souscrire diverses clauses destinées à éviter des lacunes dans son assurance responsabilité professionnelle. Une des clauses proposées est la [TRADUCTION] « Prolongation de la période de déclaration », « Prolongation de la période de découverte » ou « Prolongation de couverture », qui permet de présenter des réclamations dans un délai précis après l'expiration de la police. Par exemple, une police prolongeant de deux ans la période de déclaration s'appliquerait aux réclamations présentées au plus tard deux ans après son expiration (*Holmes' Appleman on Insurance 2d*, vol. provisoire 23 (2003), § 146.4, p. 83). Une telle clause protège l'assuré contre le refus de l'assureur de renouveler le contrat après avoir été informé de faits susceptibles de donner lieu à de nombreuses réclamations dans un avenir rapproché. Une autre clause, celle de la [TRADUCTION] « Déclaration de circonstances », permet à l'assuré de signaler, au cours de la période d'assurance, des faits pouvant donner lieu à des réclamations ultérieures. Toute réclamation présentée après l'expiration de la période d'assurance, mais relative à ces faits, est alors réputée l'avoir été pendant la durée du contrat d'assurance. Ce type de garantie était disponible sur le marché lors du dernier renouvellement des polices de Guardian.

(2) *Interpretation of Insurance Policies*

(a) Rules of Interpretation

27 Insurance policies form a special category of contracts. As with all contracts, the terms of the policy must be examined, in light of the surrounding circumstances, in order to determine the intent of the parties and the scope of their understanding. Nevertheless, through its long history, insurance law has given rise to a number of principles specific to the interpretation of insurance policies. These principles were recently reviewed by this Court in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24. They apply only where there is an ambiguity in the terms of the policy.

28 First, the courts should be aware of the unequal bargaining power at work in the negotiation of an insurance contract and interpret it accordingly. This is done in two ways: (1) through the application of the *contra proferentem* rule; (2) through the broad interpretation of coverage provisions and the narrow interpretation of exclusions. These rules require that ambiguities be construed against the drafter. In most policies, the drafter is the insurer and the insured is essentially required to adhere to the terms set out by the insurer. Of course, in a case like this one, where it appears that the policy was negotiated (and drafted, in part) by an insurance broker who selected from standard clauses, the identity of the drafter is less obvious. In *Reid Crowther*, McLachlin J. interpreted ambiguities against the insurer even though the custom policy was arranged through a broker. This may be, in part, a recognition by this Court that even where an insurance broker is involved, an imbalance in negotiating power may remain a characteristic of the relationship between insurer and insured. In this case, the trial judge found, as a matter of fact, that the double endorsement requirement imposed by the insurer gave it the "upper hand" in the negotiations (para. 18). In any event, as I will find that there is no ambiguity in the Policy, it will be unnecessary to resort to these principles.

(2) *L'interprétation d'une police d'assurance*

a) Règles d'interprétation

La police d'assurance constitue un type particulier de contrat. Comme pour tout contrat, il faut examiner ses termes à la lumière des circonstances pour déterminer l'intention des parties et la portée de l'entente. Au cours de sa longue histoire, le droit des assurances a donné naissance à quelques principes propres à l'interprétation des polices d'assurance. Notre Cour les a récemment examinés dans l'arrêt *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24. Ils ne s'appliquent toutefois qu'en cas d'ambiguïté des dispositions de la police.

Premièrement, les tribunaux doivent rester conscients de l'inégalité du rapport de force entre les parties et interpréter les clauses du contrat d'assurance en conséquence. Ils peuvent le faire en recourant (1) soit à la règle *contra proferentem*, (2) soit à l'interprétation large des clauses de garantie et à l'interprétation restrictive des clauses d'exclusion. Suivant ces règles, toute clause ambiguë s'interprète contre son auteur. En effet, dans la plupart des cas, l'assureur rédige la police et l'assuré est essentiellement tenu d'y adhérer. Évidemment, dans une affaire où, comme en l'espèce, la police a apparemment été négociée (et rédigée en partie) par un courtier d'assurances à partir de clauses types, l'identité de l'auteur semble moins évidente. Cependant, dans l'arrêt *Reid Crowther*, la juge McLachlin a interprété les ambiguïtés du contrat contre l'assureur même si un courtier d'assurances avait négocié la police, adaptée aux besoins de l'assuré. Une telle approche confirme que notre Cour reconnaît la persistance du rapport d'inégalité entre l'assuré et l'assureur malgré l'intervention d'un courtier dans la négociation du contrat. Dans la présente affaire, le juge de première instance a conclu que, dans les faits, l'exigence d'un double aval conférait à l'assureur un avantage dans la négociation (par. 18). Quoi qu'il en soit, comme je ne constate aucune ambiguïté dans la police, il est inutile d'avoir recours à ces principes.

Second, the courts should try to give effect to the reasonable expectations of the parties, without reading in windfalls in favour of any of them. In essence, "the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract" (*Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, pp. 901-2; *Non-Marine Underwriters*, at para. 71).

Finally, the context of the particular risk must also be taken into account. The appellant put considerable emphasis on this factor in its argument on the scope of its coverage.

(b) Context of Residential Schools

This Court has recognized the public purpose served by insurance. In particular, it can help ensure that the needs and expectations of third parties who are injured accidentally or through negligence are met by giving them access to a compensation fund. The appellant argues that, given this public purpose, the meaning of the word "claim" should be interpreted broadly in order to recognize the reality of abuse claims made in the context of residential schools.

No one questions that there is a public interest served by the compensation of victims of different forms of abuse in residential schools. How to compensate them remains a difficult problem. Given the psychological and social complexities of dealing with childhood abuse, victims cannot be expected to advance their claims on timetables convenient for insurers. In this case, those complexities are very well illustrated by the sequence of events leading to the first claims of abuse at the Spanish School almost three decades after the school was closed. Most victims were reticent to come forward in the early stages of the investigation. The Aboriginal communities involved also had legitimate concerns that aggressively seeking out claims could have devastating effects. The need for flexibility in the law when dealing with civil suits

Deuxièmement, les tribunaux doivent tenter de donner effet aux attentes raisonnables des parties tout en se gardant de favoriser l'une d'elles. Essentiellement, « les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat » (*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 901-902; *Non-Marine Underwriters*, par. 71). 29

Enfin, il faut également tenir compte du contexte dans lequel s'inscrit le risque en cause. L'appelant a d'ailleurs beaucoup insisté sur ce point dans sa plaidoirie sur l'étendue de la garantie. 30

b) Contexte des pensionnats

Notre Cour a reconnu l'intérêt public que sert l'assurance, puisqu'elle peut contribuer à répondre aux besoins et aux attentes d'un tiers victime d'accident ou de négligence en lui donnant accès à un fonds d'indemnisation. L'appelant fait valoir qu'en présence de cet intérêt public, le mot « réclamation » commande une interprétation large des polices pour tenir compte de la réalité propre aux réclamations présentées à l'égard des abus commis dans les pensionnats. 31

Nul ne conteste qu'il soit d'intérêt public d'indemniser les victimes de différentes formes d'abus dans les pensionnats. Toutefois, le problème du mode d'indemnisation demeure entier. Les difficultés d'ordre psychologique et social liées à la violence faite aux enfants ne permettent pas de s'attendre à ce que les victimes présentent leurs réclamations dans des délais qui conviennent aux assureurs. En l'espèce, la suite des événements qui ont mené aux premières allégations de sévices près de trois décennies après la fermeture du pensionnat de Spanish illustre fort bien ce genre de difficultés. La plupart des victimes ont hésité à se manifester au début de l'enquête. Les collectivités autochtones en cause ont aussi redouté légitimement qu'une incitation pressante à porter plainte n'entraîne des effets dévastateurs. L'attitude de souplesse 32

relating to sexual abuse, recognized by this Court in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, is even more relevant in the context of residential schools, where there are frequently many victims, the abuse can date back many years and an entire community has been affected.

33 Nevertheless, even with all these factors being considered, courts must remain mindful of the rules and principles governing insurance law. In the long run, a contextual but unprincipled approach would render a disservice not only to the industry, but also to insured and to victims. It would lead to further difficulties in obtaining coverage and compensation. Both parties to an insurance contract are entitled to expect that well-established principles will be reflected in the interpretation and application of that contract. In this respect, another form of public interest is also at stake. For these reasons, courts must pay close attention to the structure and actual wording of the policy, read as a whole.

(3) *The Policy*

(a) Structure

34 The Policy is structured in a manner similar to many commercial liability policies:

Declarations

A. Insuring Agreement

B. Additional Insuring Agreements

C. Exclusions applicable to Section A. Insuring Agreements (1) and (2)

D. Limit of Liability

E. Definitions

F. Conditions

Schedule of Endorsements

dans la mise en œuvre de la loi, déjà nécessaire dans le cas des poursuites civiles pour agression sexuelle, comme notre Cour l'a constaté dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, s'impose encore davantage dans le contexte des pensionnats en raison du nombre des victimes, du temps écoulé depuis les sévices et de leur impact sur la totalité de la communauté.

Cependant, même s'ils prennent tous ces éléments en compte, les tribunaux ne doivent oublier les règles et les principes du droit des assurances. À long terme, une approche contextuelle, mais dépourvue de respect pour les principes de droit, nuirait non seulement aux assureurs, mais également aux assurés et aux victimes. Elle créerait d'autres difficultés pour l'obtention d'une garantie et d'une indemnité. Les deux parties au contrat d'assurance ont droit au respect des principes bien établis pour son interprétation et son application. À cet égard, un autre volet de l'intérêt public entre en jeu. Pour ces motifs, les tribunaux doivent examiner attentivement la structure et le libellé de la police dans son ensemble.

(3) *La police*

a) Structure

La structure de la police correspond à celle de nombreux contrats d'assurance responsabilité commerciale :

[TRADUCTION]

Conditions particulières

A. Objet de l'assurance

B. Objet complémentaire de l'assurance

C. Exclusions de l'application de la clause Objet de l'assurance, A(1) et (2)

D. Limite de la garantie

E. Définitions

F. Conditions

Avenants

The Declarations set out the name of the insured, Jesuit Fathers of Upper Canada et al., and policy period, September 30, 1988 to September 30, 1989 (renewed annually to September 30, 1994). They also state the limit of liability under Insuring Agreement, clause A(2), as $1,000,000 each claim and $1,000,000 in the aggregate.

The Insuring Agreement establishes the parameters within which coverage is available. At issue in this appeal is the scope of the coverage provided by Insuring Agreement, clause A(2), which provides:

To pay on behalf of the Insured all sums which the Insured shall become legally obligated to pay as damages, because of injury arising out of the rendering of, or failure to render professional services in the practice of the Insured's profession, provided however, that coverage as provided herein shall apply only to claims which are first made against the Insured during the policy period as stated in the Declarations.

As such, the insurance coverage is available for claims "first made against the Insured during the policy period".

The Exclusions section identifies the claims that are not covered even though they would otherwise fall within the coverage under Insuring Agreement, clause A(1) or A(2). In particular, clause C(16) excludes from coverage claims arising from circumstances known prior to the coverage period in the following way:

Any circumstance or occurrence which, upon its application to a new Insured during the policy period, had already been presented to the Insured or which could result from acts or circumstances already known to the Insured and liable to give rise to a claim, whether or not these acts or circumstances are stated in the application.

The Limit of Liability stipulates that the limit of liability is the amount recorded in the Declarations. In explaining the operation of the liability limit, clause D(4) provides:

The limit of the Insurer's liability under Section A. Insuring Agreement (2) of this policy shall be the

Les conditions particulières identifient l'assuré, Jesuit Fathers of Upper Canada *et al.*, et précisent la durée de la garantie, soit du 30 septembre 1988 au 30 septembre 1989 (avec renouvellements annuels jusqu'au 30 septembre 1994). Elles indiquent également que la limite de la garantie est fixée à 1 000 000 $ par réclamation et au total (clause Objet de l'assurance, A(2)). 35

L'objet de l'assurance établit les paramètres de la garantie. Le présent pourvoi porte sur l'étendue de la garantie prévue à la clause A(2), dont voici le texte : 36

[TRADUCTION] Verser pour le compte de l'assuré toute somme qu'il est légalement tenu de verser à titre de dommages-intérêts pour tout dommage découlant de services professionnels rendus ou omis dans l'exercice de sa profession. La garantie ne s'applique cependant qu'aux réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance précisée dans les Conditions particulières.

La garantie s'applique donc aux réclamations « présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance ».

Les exclusions précisent les réclamations auxquelles ne s'applique pas la garantie même si elles sont par ailleurs visées à la clause Objet de l'assurance, A(1) ou A(2). La clause C(16), en particulier, exclut les réclamations découlant de circonstances connues de l'assuré avant la période d'assurance : 37

[TRADUCTION] Tout événement ou circonstance qui, dans le cas d'un nouvel assuré, survient au cours de la période d'assurance et avait déjà été porté à la connaissance de l'assuré, ou qui pourrait découler d'actes ou de circonstances déjà connus de lui et susceptibles de donner lieu à une réclamation, que ces actes ou ces circonstances soient mentionnés ou non dans la proposition.

La limite de la garantie stipule que le montant d'assurance correspond à celui qui figure dans les Conditions particulières. Pour expliquer le mode de mise en application de cette limite, la clause D(4) précise ce qui suit : 38

[TRADUCTION] Suivant la clause A(2) de la présente police, la limite de la garantie offerte par l'assureur

amount stated in the Declarations as "each claim" (meaning one or more claims resulting from the same circumstances or the same event in the course of the Insured's profession which were rendered or should have been rendered to one or more persons) for all damages, including damages for death and for care and loss of services, because of each claim or suit covered hereby and, subject to such limit the amount stated in the Declarations as "aggregate" for all damages in any one period of twelve months terminating on an anniversary of the inception date of the policy.

39 The appellant argues that this provision provides insight into the meaning of claim. In its view, it supports an interpretation of claim that includes all legal actions arising from the same (negligent) event or circumstances involving one or more persons. The respondents, on the other hand, submit that this provision does not add any meaning to the word "claim" but rather lowers the limit of liability for multiple claims made in the same policy period where the claims arise from the same event or circumstances. It would apply where the aggregate policy limit is greater than the limit for each claim, which is not the case in this Policy.

40 The Conditions require the insured to notify the insurer of any accident or occurrence and of any claim or suit to which the insurance may apply. In particular, they provide as follows:

1. Notice of Accident or Occurrence. When an accident or occurrence takes place or upon the Insured becoming aware of any alleged injury to which this insurance applies, written notice of such accident, occurrence or injury shall be given by or on behalf of the Insured to the Insurer or any of its authorized agents as soon as practicable. Such notice shall contain particulars sufficient to identify the Insured and reasonably obtainable information respecting the time, place and circumstances of the accident, occurrence or injury, the names and addresses of the injured and of available witnesses and particulars of the damaged property.

2. Notice of Claim or Suit. If claim is made or suit is brought against the Insured, the Insured shall immediately forward to the Insurer every demand,

correspond au montant figurant aux Conditions particulières pour « chaque réclamation » (c'est-à-dire une ou plusieurs réclamations découlant des mêmes circonstances ou d'un même événement à l'occasion des services professionnels rendus ou qui auraient dû être rendus par une personne ou plus) pour tous dommages-intérêts (décès, soins et perte de services) découlant d'une réclamation ou d'une poursuite visée aux présentes, sous réserve de la limite globale établie aux Conditions particulières à l'égard de tous dommages pour une période de douze mois se terminant à l'anniversaire de la police.

L'appelant soutient que cette clause éclaire le sens du mot « réclamation ». Selon lui, elle étaye la thèse selon laquelle ce terme s'entend de toute action en justice issue du même événement ou des mêmes circonstances (empreints de négligence) mettant en cause une ou plusieurs personnes. Les intimées opposent que cette clause n'ajoute rien au mot « réclamation », mais abaisse plutôt la limite de la garantie dans le cas de réclamations multiples présentées pendant la même période d'assurance lorsqu'elles découlent des mêmes événements ou circonstances. Elle s'appliquerait lorsque la limite de la garantie globale excède celle de la garantie par réclamation, ce qui n'est pas le cas de la police considérée en l'espèce.

Les Conditions de la police demandent à l'assuré de signaler à l'assureur tout accident ou sinistre, et toute réclamation ou poursuite auxquelles s'applique l'assurance. En voici un extrait :

[TRADUCTION]

1. Déclaration d'accident ou de sinistre. Lorsque se produit un accident ou un sinistre ou que l'assuré est informé d'un préjudice allégué auquel s'applique la présente police d'assurance, avis écrit de l'accident, du sinistre ou du préjudice est donné dès que possible par l'assuré ou pour son compte à l'assureur ou à son mandataire autorisé. L'avis est suffisamment détaillé pour permettre l'identification de l'assuré et renferme les renseignements qui peuvent raisonnablement être obtenus quant au moment, au lieu et aux circonstances de l'accident, du sinistre ou du préjudice, les nom et adresse des sinistrés et des témoins connus, ainsi que des précisions sur les biens endommagés.

2. Avis de réclamation ou de poursuite. L'assuré qui fait l'objet d'une réclamation ou d'une poursuite transmet sans délai à l'assureur tout document —

notice, summons or other process received by him or his representative.

(b) Claims-Made Policy

The Policy, as expanded in Insuring Agreement, clause A(2), and the related provisions, is a claims-made policy. The professional services coverage is only available for "claims . . . first made . . . during the policy period". As noted by Whitten J., the Policy also has certain occurrence-based elements. After reviewing the different provisions of the Policy, I conclude that the occurrence-based elements do not, as suggested by the appellant, expand the coverage available. On the contrary, these provisions generally restrict it.

First, the Policy requires reporting of both occurrences and claims. The reporting provisions do not, however, change the nature of the coverage offered under the Policy. This is particularly true since no ambiguity is found in the Policy itself. Even in a claims-made policy, an insurer may insist that it be informed of relevant circumstances or accidents prior to any related claim. Knowledge of the existence of circumstances or the occurrence of an accident to which the insurance applies allows the insurer to anticipate possible future claims and to make the relevant financial preparations. In the case of this Policy, the clause F(1) (Notice of Accident or Occurrence) serves two purposes: (1) it informs the insurer of circumstances that might engage the occurrence-based coverage in Insuring Agreement, clause A(1); and (2) it provides the insurer with information about circumstances that might be excluded from coverage in subsequent coverage periods under clause C(16).

Second, the Policy excludes from coverage claims arising from circumstances known to the insured prior to the coverage period under clause C(16). In essence, clause C(16) is an occurrence-based restriction on the claims-made coverage offered under Insuring Agreement, clause A(2).

mise en demeure, avis, assignation, etc. — reçu par lui ou son représentant.

b) Police-réclamation

41 Comme le démontrent amplement la clause Objet de l'assurance, A(2), et les clauses connexes, le contrat est une police-réclamation. La garantie relative aux services professionnels ne s'applique qu'aux [TRADUCTION] « réclamations présentées pour la première fois [. . .] au cours de la période d'assurance ». Comme l'a signalé le juge Whitten, la police comporte aussi des éléments propres à une police basée sur la réalisation du sinistre. Après examen des différentes dispositions de la police, je conclus, contrairement à la prétention de l'appelant, que ces éléments n'accroissent pas la garantie, mais ont généralement pour effet de la restreindre.

42 D'abord, la police exige de l'assuré qu'il signale tant les sinistres que les réclamations. Les stipulations relatives à la déclaration ne changent rien à la nature de la garantie, d'autant plus que la police ne comporte elle-même aucune ambiguïté. Même dans le cas d'une police-réclamation, l'assureur peut exiger que l'assuré l'informe des circonstances ou de l'accident en cause avant la présentation de toute réclamation. L'information sur les circonstances de la survenance d'un accident auquel s'applique l'assurance permet à l'assureur de prévoir les réclamations ultérieures possibles et de constituer les réserves qui s'imposent. En l'espèce, la clause F(1) (Déclaration d'accident ou de sinistre) de la police en cause permet aussi à l'assureur : (1) d'être informé de circonstances susceptibles de faire jouer la garantie basée sur la réalisation du sinistre prévue à la clause A(1); (2) d'obtenir des renseignements sur des circonstances susceptibles d'écarter l'application de la garantie pendant une période d'assurance subséquente suivant la clause C(16).

43 Ensuite, la clause C(16) de la police rend la garantie inapplicable à toute réclamation découlant de circonstances connues de l'assuré avant la période d'assurance. Essentiellement, cette clause constitue une restriction, fondée sur la réalisation du sinistre, de la garantie prévue à la clause Objet de l'assurance, A(2), fondée sur la présentation d'une réclamation.

44 Finally, the Policy, under clause D(4), limits liability for all claims made in the coverage period arising from the same circumstances to the maximum amount for each claim. The limit of liability section does not expand the coverage available; nor does it define terms used throughout the Policy. Only claims are covered. I must now consider what is a claim for purposes of the interpretation and application of the Policy.

(4) *Nature of a Claim*

(a) Provisions of the Policy

45 The Policy does not define a claim. The Insurance Agreement, clause A(2) does, however, refer to "claims ... first made", suggesting that a claim must be actively made as opposed to merely being discovered. The Policy also distinguishes between a "circumstance or occurrence" and a "claim".

46 First, in the Exclusions section of the Policy, clause C(16) excludes from coverage the following:

> Any circumstance or occurrence which, upon its application to a new Insured during the policy period, had already been presented to the Insured or which could result from acts or circumstances already known to the Insured and liable to give rise to a claim, whether or not these acts or circumstances are stated in the application.

This clause illustrates a distinction in the wording of the Policy between a claim and the circumstances or occurrences giving rise to it.

47 Second, in the Limit of Liability section of the Policy, clause D(4) explains how the limit of liability is computed where multiple claims are made in the same year arising from the same occurrence or circumstances. In particular, it provides a definition of the term "each claim" used in the Declarations section of the Policy to set the maximum amount payable under the Policy for a particular claim. As noted above, clause D(4) reads:

Enfin, la clause D(4) établit le montant maximal de la garantie pour toute réclamation présentée au cours de la période d'assurance relativement aux mêmes circonstances. La section portant sur la limite de la garantie n'accroît pas la garantie offerte ni ne définit les termes employés dans la police. Elle ne vise que les réclamations. Je dois à présent me pencher sur le sens du mot « réclamation » pour les besoins de l'interprétation et de l'application de la police.

(4) *La nature d'une « réclamation »*

a) Stipulations de la police

La police ne définit pas le mot « réclamation ». Toutefois, la clause Objet de l'assurance, A(2), renvoie aux « réclamations présentées pour la première fois ». Ce renvoi tend à indiquer qu'une réclamation doit être véritablement présentée, et non simplement découverte. La police distingue également entre [TRADUCTION] « événement ou circonstance » et « réclamation ».

Premièrement, au chapitre des exclusions, la clause C(16) écarte l'application de la garantie à l'égard de ce qui suit :

> [TRADUCTION] Tout événement ou circonstance qui, dans le cas d'un nouvel assuré, survient au cours de la période d'assurance et avait déjà été porté à la connaissance de l'assuré, ou qui pourrait découler d'actes ou de circonstances déjà connus de lui et susceptibles de donner lieu à une réclamation, que ces actes ou ces circonstances soient mentionnés ou non dans la proposition.

Cette clause montre bien que la police établit une distinction entre une réclamation et les circonstances ou l'événement qui la sous-tendent.

Deuxièmement, la partie de la clause D(4) portant sur la limite de la garantie précise le mode de calcul de la limite lorsque plus d'une réclamation est présentée dans une même année en liaison avec les mêmes événements ou circonstances. En effet, elle définit alors l'expression « chaque réclamation » employée dans les Conditions particulières pour établir le montant maximum payable en vertu de la police pour une réclamation donnée. Je cite à nouveau le texte de la clause D(4) :

The limit of the Insurer's liability under Section A. Insuring Agreement (2) of this policy shall be the amount stated in the Declarations as "each claim" (meaning one or more claims resulting from the same circumstances or the same event in the course of the Insured's profession which were rendered or should have been rendered to one or more persons) for all damages, including damages for death and for care and loss of services, because of each claim or suit covered hereby and, subject to such limit the amount stated in the Declarations as "aggregate" for all damages in any one period of twelve months terminating on an anniversary of the inception date of the policy.

The Policy uses the language "one or more claims resulting from the same circumstances or the same event". Again, this suggests a clear difference between the event or circumstance giving rise to a claim and the actual claim.

Finally, in the Conditions section, the Policy provides two different reporting provisions. The first provision, F(1), requires that the insured notify the insurer of any accident, occurrence or alleged injury to which the insurance applies. It reads:

1. Notice of Accident or Occurrence. When an accident or occurrence takes place or upon the Insured becoming aware of any alleged injury to which this insurance applies, written notice of such accident, occurrence or injury shall be given by or on behalf of the Insured to the Insurer or any of its authorized agents as soon as practicable. Such notice shall contain particulars sufficient to identify the Insured and reasonably obtainable information respecting the time, place and circumstances of the accident, occurrence or injury, the names and addresses of the injured and of available witnesses and particulars of the damaged property.

The second provision, F(2), requires the insured to forward to the insurer any documentation received by the insured relating to a claim or suit against the insured in the following terms:

2. Notice of Claim or Suit. If claim is made or suit is brought against the Insured, the Insured shall

[TRADUCTION] Suivant la clause A(2) de la présente police, la limite de la garantie offerte par l'assureur correspond au montant figurant aux Conditions particulières pour « chaque réclamation » (c'est-à-dire une ou plusieurs réclamations découlant des mêmes circonstances ou d'un même événement à l'occasion des services professionnels rendus ou qui auraient dû être rendus par une personne ou plus) pour tous dommages-intérêts (décès, soins et perte de services) découlant d'une réclamation ou d'une poursuite visée aux présentes, sous réserve de la limite globale établie aux Conditions particulières à l'égard de tous dommages pour une période de douze mois se terminant à l'anniversaire de la police.

La police utilise l'expression « une ou plusieurs réclamations découlant des mêmes circonstances ou d'un même événement ». Cette rédaction permet de conclure encore une fois à l'existence d'une nette différence entre l'événement ou les circonstances donnant lieu à la réclamation et la réclamation comme telle.

Enfin, les Conditions renferment deux clauses différentes en matière de déclaration et d'avis. La première, F(1), exige que l'assuré donne avis à l'assureur de tout accident, sinistre ou préjudice allégué auquel s'applique l'assurance : 48

[TRADUCTION]

1. Déclaration d'accident ou de sinistre. Lorsque se produit un accident ou un sinistre ou que l'assuré est informé d'un préjudice allégué auquel s'applique la présente police d'assurance, avis écrit de l'accident, du sinistre ou du préjudice est donné dès que possible par l'assuré ou pour son compte à l'assureur ou à son mandataire autorisé. L'avis est suffisamment détaillé pour permettre l'identification de l'assuré et renferme les renseignements qui peuvent raisonnablement être obtenus quant au moment, au lieu et aux circonstances de l'accident, du sinistre ou du préjudice, les nom et adresse des sinistrés et des témoins connus, ainsi que des précisions sur les biens endommagés.

La deuxième, F(2), demande à l'assuré de transmettre à l'assureur tout document relatif à une réclamation ou à une poursuite contre lui :

[TRADUCTION]

2. Avis de réclamation ou de poursuite. L'assuré qui fait l'objet d'une réclamation ou d'une poursuite

immediately forward to the Insurer every demand, notice, summons or other process received by him or his representative.

49 In addition to showing that there is a difference between an "accident or occurrence" and a "claim or suit", the clauses also provide insight into the meaning of a claim. Most notably, clause F(2) does not require a description of the claim but the actual "demand, notice, summons or other process received". Although not determinative, this wording implicitly suggests that, absent a demand or other process received, there would be no claim or suit.

(b) Common Law Doctrine

50 In *Reid Crowther*, at p. 273, McLachlin J. explained the requirement that, in order for a claim to be made, certain information must be communicated to the insured by the claimant:

The authorities establish that as a general rule, for a "claim" to be made there must be some form of communication of a demand for compensation or other form of reparation by a third party upon the insured, or at least communication by the third party to the insured of a clear intention to hold the insured responsible for the damages in question.

51 In essence, a claim at common law requires a third party to communicate an intention to hold the insured responsible for damages. Naturally, the third party may communicate through a representative, whether a legal representative such as a lawyer or any other advocate such as a band leader, a friend or a counsellor. The key is that the representative be accurately communicating the intent of the claimant and that it be done with the claimant's full knowledge and approval. The issue of who may make a claim was considered in *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Federal Insurance Co.*, 189 F.3d 208 (2d Cir. 1999), at p. 216, where it was found that:

As a consequence, for an assertion or notice to the insured to be a claim it must be made by the party whose rights allegedly have been violated.

. . .

transmet sans délai à l'assureur tout document — mise en demeure, avis, assignation, etc. — reçu par lui ou son représentant.

Non seulement ces clauses confirment la distinction entre « un accident ou un sinistre » et « une réclamation ou une poursuite », mais elles jettent une lumière nouvelle sur la nature d'une « réclamation ». Plus particulièrement, la clause F(2) n'exige pas la description de la réclamation, mais bien la transmission de « tout document — mise en demeure, avis, assignation, etc. — reçu ». Même s'il n'est pas déterminant, ce libellé laisse entendre que, faute d'une mise en demeure ou d'un autre document, il n'y a ni réclamation ni poursuite.

b) Doctrine de common law

Dans l'arrêt *Reid Crowther*, à la p. 273, la juge McLachlin explique l'exigence selon laquelle, pour que l'on considère qu'une réclamation a été présentée, le demandeur doit communiquer certains renseignements à l'assuré :

Selon la jurisprudence et la doctrine, en règle générale, pour qu'une « réclamation » soit présentée, le tiers doit d'une façon quelconque communiquer à l'assuré l'existence d'une demande d'indemnisation ou d'un autre type de réparation ou encore, il doit tout au moins lui communiquer qu'il a clairement l'intention de tenir l'assuré responsable des dommages en question.

Pour qu'il y ait réclamation, la common law exige essentiellement qu'un tiers ait communiqué son intention de tenir l'assuré responsable d'un dommage. Le tiers peut évidemment communiquer son intention par l'entremise d'un représentant, qu'il s'agisse d'un avocat, d'un chef de bande, d'un ami, d'un conseiller ou d'une autre personne. Il suffit que le représentant transmette fidèlement l'intention du demandeur, avec le consentement et l'approbation de ce dernier. La question de savoir qui peut présenter une réclamation a été discutée dans l'arrêt *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. c. Federal Insurance Co.*, 189 F.3d 208 (2d Cir. 1999), p. 216, où la Cour d'appel du 2e circuit a conclu :

[TRADUCTION] En conséquence, pour qu'il y ait réclamation, le tiers dont les droits auraient été violés doit être à l'origine de la déclaration ou de l'avis à l'assuré.

. . .

To constitute a claim within the meaning of an insurance contract, the assertion must be made by or on behalf of the party making the claim.

The requirement that the claimant be the source of the claim is sensible. Since the claimants own the right to damages, their permission is required to further pursue the claim whether through negotiations or legal action.

(c) Circumstances Versus Claim

In support of its position, the appellant submits that all the requests for compensation resulting from abuses at the Spanish School are part of one claim within the meaning of the Policy — the Spanish School claim. In essence, according to its interpretation, a claim would be the set of circumstances (here, the lack of supervision at the Spanish School) potentially giving rise to demands for compensation. This position is inconsistent with the wording of the Policy which, as noted above, differentiates between a claim and an accident, occurrence or circumstance. It also cannot be reconciled with the definition of "claim" under the common law, which requires the communication of an intent to hold the insured responsible for damages. The meaning of a "claim" in the Policy determines whether a duty to defend was triggered in the circumstances of the present case.

(5) *Duty to Defend*

The duty to defend is an obligation arising from the insurance policy. Although directly related to the duty to indemnify, it is much broader in scope. It arises from the pleadings, but only in respect of claims which would fall within the coverage of the policy if they were established. As explained by McLachlin J. in *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801, at pp. 810-11:

[T]he duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. . . .

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order

Pour qu'il y ait réclamation au sens du contrat d'assurance, la déclaration doit être faite par l'auteur de la réclamation ou pour son compte.

52 L'exigence que le demandeur soit à l'origine de la réclamation demeure logique. Comme il a droit à l'indemnité, son consentement s'avère nécessaire pour que la réclamation suive son cours par voie de négociation ou de recours judiciaire.

c) Circonstances et réclamation

53 À l'appui de sa thèse, l'appelant plaide que toutes les demandes d'indemnité découlant de sévices infligés au pensionnat de Spanish appartiennent à une seule et même réclamation au sens de la police, celle du pensionnat de Spanish. Selon lui, la réclamation s'entend essentiellement de l'ensemble des circonstances (en l'occurrence, le manque de surveillance au pensionnat de Spanish) susceptibles de donner lieu à des demandes d'indemnité. Cette thèse ne se concilie pas avec le libellé de la police. Comme nous l'avons vu, celui-ci établit une distinction entre une réclamation et un accident, un sinistre ou une circonstance. Cette interprétation ne reflète pas non plus la notion de « réclamation » en common law, qui exige la communication de l'intention de tenir l'assuré responsable d'un dommage. La signification du mot « réclamation » dans la police détermine si, en l'espèce, l'assureur avait l'obligation de défendre l'assuré.

(5) *Obligation de défendre*

54 L'obligation de défendre l'assuré découle de la police d'assurance. Bien que liée directement à l'obligation d'indemniser, elle conserve une portée beaucoup plus large. Elle résulte des actes de procédure, mais uniquement lorsque la garantie s'appliquerait à la réclamation si elle était établie. Comme l'a expliqué la juge McLachlin dans l'arrêt *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801, p. 810-811 :

[L]'obligation de défendre n'existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d'indemnisation du contrat d'assurance. . .

En même temps, il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour

to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty to indemnify.

. . .

Other Canadian authority overwhelmingly supports the view that normally the duty to defend arises only with respect to claims which, if proven, would fall within the scope of coverage provided by the policy: see *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (Alta. Q.B.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (Ont. C.A.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (B.C.S.C.)

55 In essence, the "duty to defend arises when the underlying complaint alleges any facts that might fall within the coverage of the policy": *Non-Marine Underwriters*, at para. 78. In this case, it is accepted by the parties that, if the claims were made within the temporal limits of the Policy, the duty to defend is engaged. The claims allege some injuries apparently "arising out of the rendering of, or failure to render professional services in the practice of the [Jesuits'] profession" (see Policy, clause A(2)), and none of the exclusions obviously apply.

(6) *Application to Claims in This Case*

(a) Cooper Claim

56 Peter Cooper informed the Jesuits, through his legal counsel, that he had suffered injuries due to the lack of administrative supervision at the Spanish School and inquired about the possibility of a legal settlement. Mr. Cooper's lawyer's letter was a claim under the Policy. It communicated an intention to hold the Jesuits responsible for his injuries. The claim was made prior to the expiry of the policy on September 30, 1994 and, therefore, Guardian's duty to defend was engaged, as it acknowledges.

déclencher l'obligation de défendre. La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l'ai déjà souligné, l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser.

. . .

La très grande majorité des arrêts canadiens confirment l'opinion qu'en temps normal l'obligation de défendre n'intervient qu'à l'égard des réclamations qui, si elles sont prouvées, relèveraient de la couverture de la police : voir *Dobish v. Garies* (1985), 15 C.C.L.I. 69 (B.R. Alb.); *Thames Steel Construction Ltd. v. Northern Assurance Co.*, [1989] I.L.R. 1-2399 (C.A. Ont.); *Vancouver General Hospital v. Scottish & York Insurance Co.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 178 (C.S.C.-B.)

En somme, [TRADUCTION] « l'obligation de défendre naît lorsque la plainte s'appuie sur des faits susceptibles d'emporter l'application de la garantie » : *Non-Marine Underwriters*, par. 78. Les parties au présent pourvoi reconnaissent que si les réclamations avaient été présentées dans les limites temporelles de la police, l'obligation de défendre aurait pris naissance. Les dommages allégués auraient résulté [TRADUCTION] « de services professionnels rendus ou omis dans l'exercice de [la] profession [des Jésuites] » (voir la clause A(2) de la police) et aucune exclusion ne s'applique manifestement.

(6) *Application aux réclamations en l'espèce*

a) La réclamation Cooper

Par l'entremise de son avocate, Peter Cooper a informé les Jésuites du dommage qu'il avait subi à cause du manque de surveillance administrative au pensionnat de Spanish et il s'est enquis de la possibilité de négocier un règlement. La lettre de l'avocate de M. Cooper constituait une réclamation aux fins de la police. Elle communiquait l'intention de tenir les Jésuites responsables du dommage. Présentée avant l'expiration de la police le 30 septembre 1994, la réclamation a rendu exécutoire l'obligation de défendre l'assuré, ce que reconnaît d'ailleurs Guardian.

(b) Claims Made After the Expiry of the Policy

A number of demands for compensation relating to abuse at the Spanish School were made after the expiry of the Policy. The general circumstances that gave rise to those claims were slowly made known to the Jesuits between 1988 and January 1994. Through the publication of the newspaper articles in 1988, the investigation of the actions of Father Epoch and the reports of parishioners, the Jesuits knew of allegations that the Spanish School lacked supervision and that, as a result, some students had suffered deprivation and abuse at the hands of teachers, employees and other students.

Other than the case of Peter Cooper, the Jesuits were not aware of any other persons intending to hold them responsible for damages arising from the situation prevalent at the Spanish School until after the expiry of the Policy. Since the claimants did not communicate during the coverage period, either directly or indirectly, their intention to hold the Jesuits responsible for the damages they suffered, the duty to defend is not engaged.

(c) Nine Other Victims Named in the Zimmerman Letter

The trial judge found that there were claims made during the policy period by the nine other victims named in the Zimmerman reporting letter. It is not clear whether any of these victims initiated legal action within the relevant limitations period. Although the issue was not appealed by the respondents and is now moot as I mentioned above, it still merits some comment.

The identity of the victims was discovered by Mary Wells, the Jesuits' investigator. She was informed of their names by Jane Mundy during an interview. Ms. Mundy gave names of individuals who, in her view, had been victims of abuse at the Spanish School. Nothing in the record

b) Les réclamations postérieures à l'expiration de la police

57 Un certain nombre de demandes d'indemnité ont été présentées après l'expiration de la police relativement à des abus perpétrés au pensionnat de Spanish. Entre 1988 et janvier 1994, les Jésuites ont reçu peu à peu des informations sur les circonstances générales à l'origine de ces réclamations. Les articles de journaux parus en 1988, l'enquête sur les actes du père Epoch et les témoignages des paroissiens leur ont permis de prendre connaissance d'allégations selon lesquelles la surveillance au pensionnat de Spanish avait été insuffisante, de sorte que certains élèves avaient été victimes de privations et d'abus de la part d'enseignants, d'employés et d'autres élèves.

58 Les Jésuites n'ont été informés qu'après l'expiration de la police de l'intention d'autres personnes que Peter Cooper de les tenir responsables d'un préjudice imputable à la situation au pensionnat de Spanish. Comme les autres victimes n'ont pas communiqué directement ou indirectement leur intention de tenir les Jésuites responsables de leurs dommages au cours de la période d'assurance, l'obligation de défendre l'assuré n'a pas été déclenchée.

c) Les neuf autres victimes nommées dans la lettre de M^{e} Zimmerman

59 Le juge de première instance a conclu que des réclamations avaient été présentées au cours de la période d'assurance par les neuf autres victimes nommées dans la lettre de M^{e} Zimmerman. On ignore si ces victimes ou certaines d'entre elles ont intenté une action en justice dans le délai prescrit. Les intimées n'ont pas interjeté appel à ce sujet et, je le répète, la question est désormais théorique, mais quelques observations s'imposent.

60 M^{me} Mary Wells, l'enquêtrice des Jésuites, a découvert l'identité des victimes. Lors d'un entretien, M^{me} Jane Mundy lui a révélé le nom de personnes qui avaient selon elle été victimes d'abus au pensionnat de Spanish. Aucun élément du dossier ne permet de conclure que M^{me} Mundy avait été

suggests that Ms. Mundy had the permission of the named victims to communicate this information. Consequently, Ms. Mundy could not make a claim within the meaning of the Policy. Moreover, a claim would need to communicate an intention to hold the Jesuits' responsible for injuries suffered at the Spanish School. Without the victims' permission, either express or implicit, Ms. Mundy could not communicate such an intention on their behalf. In fact, it is unclear whether the nine victims ever had such an intention. It was, therefore, an error for the trial judge to conclude that there were claims made by these nine individuals. Notably, his error has nothing to do with the form of communication, i.e. direct versus indirect. The error related to what was or, more accurately, what was not communicated.

autorisée à donner cette information. M^me^ Mundy n'a donc pu présenter une réclamation au sens de la police. Qui plus est, il aurait fallu communiquer l'intention de tenir les Jésuites responsables des dommages subis au pensionnat de Spanish. Sans l'autorisation expresse ou tacite des victimes, M^me^ Mundy ne pouvait communiquer une telle intention en leur nom. En fait, il n'est pas certain que les neuf victimes aient jamais formé pareille intention. Le juge de première instance a donc eu tort de conclure qu'elles avaient présenté des réclamations. L'erreur ne tient pas à la forme de la communication — directe ou indirecte —, mais bien à ce qui a été communiqué ou, plus précisément, à ce qui ne l'a pas été.

(7) *The Scope of the Coverage*

(7) *L'étendue de la garantie*

61 The outcome described above properly reflects the scope and nature of the coverage in place at all relevant times. The Jesuits purchased claims-made professional liability insurance from September 30, 1988 until September 30, 1994. The Policy covered claims first made during the Policy period and included limitations and restrictions relating to multiple claims arising from the same circumstances and claims arising from circumstances known to the insured prior to the coverage. It also contained onerous reporting provisions.

La conclusion qui précède reflète bien l'étendue et la nature de la garantie pendant toutes les périodes considérées. Les Jésuites ont souscrit une police d'assurance responsabilité professionnelle établie sur la base de la présentation de réclamations pour la période du 30 septembre 1988 au 30 septembre 1994. La police s'appliquait aux réclamations présentées pour la première fois au cours de la période d'assurance et prévoyait des plafonds et des restrictions à l'égard des réclamations multiples découlant des mêmes circonstances et des réclamations découlant de circonstances connues de l'assuré avant la période d'assurance. Elle établissait également des exigences strictes à l'égard de l'étendue et de l'exécution de l'obligation de déclaration assumée par l'assuré.

62 A number of claims were made alleging the Jesuits were negligent in their administration of the Spanish School. While the general circumstances giving rise to these claims were known to the Jesuits prior to the expiry of the Policy, the specific claims were only made after the expiry of the Policy. Since the claimants (or their representatives) did not, during the Policy period, communicate their intention to hold the Jesuits responsible for the damages they had suffered, Guardian's duty to defend was not engaged.

Les Jésuites ont fait l'objet d'allégations de négligence dans l'administration du pensionnat de Spanish. Bien que les Jésuites aient connu les circonstances générales à l'origine de ces allégations avant l'expiration de la police, les réclamations n'ont été présentées qu'après celle-ci. Puisque les demandeurs (ou leurs représentants) n'ont pas communiqué au cours de la période d'assurance leur intention de tenir les Jésuites responsables des dommages subis, l'obligation de Guardian de défendre l'assuré n'est pas devenue exécutoire.

Other commercially available insurance policies would have covered claims made even after the end of the policy period. In particular, an occurrence-based policy or a policy with an occurrence-based extension would have covered claims made after the end of the coverage period where the circumstances giving rise to the claims were discovered during the coverage period. The Jesuits, however, never purchased such a policy and cannot now claim coverage under it.

D'autres polices d'assurance offertes sur le marché auraient pu englober les réclamations présentées après la période d'assurance. Par exemple, une police basée sur la réalisation du sinistre comportant une clause d'extension de couverture à l'égard des sinistres survenus durant la période de validité de la police se serait appliquée aux réclamations présentées après la période d'assurance si les circonstances à l'origine de ces réclamations avaient été découvertes pendant la période d'assurance. Or, les Jésuites n'ont jamais souscrit une telle police et ne peuvent aujourd'hui bénéficier d'une garantie de cette nature. 63

III. Disposition

III. Dispositif

Except for the Cooper Claim, Guardian has no duty to defend the actions for damages resulting from the administration of the Spanish School. The appeal is dismissed, with costs awarded to the respondents.

Sauf dans le cas de la réclamation Cooper, Guardian n'est pas tenue de défendre l'assuré contre les actions en dommages-intérêts intentées en liaison avec l'administration du pensionnat de Spanish. Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimées. 64

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Zimmerman Lawyers, Hamilton; Lang Michener, Ottawa.

Procureurs de l'appelant : Zimmerman Lawyers, Hamilton; Lang Michener, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs des intimées : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Mattel, Inc. *Appellant*

v.

3894207 Canada Inc. *Respondent*

INDEXED AS: MATTEL, INC. v. 3894207 CANADA INC.

Neutral citation: 2006 SCC 22.

File No.: 30839.

2005: October 18; 2006: June 2.

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Restauranteur applying to register "Barbie's" trade-mark in connection with its small chain of restaurants — Manufacturer of BARBIE dolls opposing registration — Whether use of "Barbie's" name in relation to restaurants likely to create confusion in market place with BARBIE trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Trade-marks Opposition Board of Canadian Intellectual Property Office — Board rejecting opposition to registration of trade-mark — Standard applicable to Board's decision.

The BARBIE doll is said by the appellant toy manufacturer to be an iconic figure of pop culture. The appellant opposes the respondent's application to register its "Barbie's" trade-mark and a related design in association with "restaurant services, take-out services, catering and banquet services" on the basis that some marks are so famous that "marks such as . . . BARBIE may not now be used in Canada on most consumer wares and services without the average consumer being led to infer the existence of a trade connection with the owners of these famous brands". The Trade-marks Opposition Board of the Canadian Intellectual Property Office

* Major J. took no part in the judgment.

Mattel, Inc. *Appelante*

c.

3894207 Canada Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MATTEL, INC. c. 3894207 CANADA INC.

Référence neutre : 2006 CSC 22.

N° du greffe : 30839.

2005 : 18 octobre; 2006 : 2 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Restaurateur demandant l'enregistrement de la marque de commerce « Barbie's » en liaison avec une petite chaîne de restaurants — Opposition à l'enregistrement par le fabricant des poupées BARBIE — L'emploi du nom « Barbie's » en liaison avec des restaurants est-elle susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce BARBIE? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des oppositions des marques de commerce de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada — Rejet par la Commission de l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce — Norme applicable à la décision de la Commission.

L'appelante affirme que la poupée BARBIE est une icône de la culture pop. Elle s'oppose à la demande d'enregistrement par l'intimée de sa marque de commerce « Barbie's » et de son dessin en liaison avec « des services de restaurant, des services de mets à emporter, [ainsi que] des services de traiteur et de banquet », au motif que certaines marques ont acquis une telle renommée que des marques telles que BARBIE ne peuvent dorénavant être apposées sur la plupart des services et des biens de consommation au Canada, sans que le consommateur moyen soit amené à inférer l'existence d'un lien commercial avec les propriétaires de ces

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

("Board") accepted the respondent's argument that its use of the "Barbie" name (since 1992) for its small chain of Montreal area restaurants would not likely create confusion in the marketplace with the appellant's BARBIE trade-mark and allowed the registration. The Board found BARBIE's fame to be tied to dolls and doll accessories and that the respondent's applied-for mark, used in connection with very different products and services, was not likely to be confusing with any of the appellant's BARBIE marks. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the Board's decision. They also rejected the appellant's application to introduce fresh evidence in the form of a survey proffered to show the likelihood of confusion between the marks.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: The power of attraction of trade-marks and other "famous brand names" is now recognized as among the most valuable of business assets. However, whatever their commercial evolution, the legal purpose of trade-marks continues to be their use by the owner "to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others" (*Trade-marks Act*, s. 2). A mark is a guarantee of origin and inferentially, an assurance to the consumer that the quality will be what he or she has come to expect. Nothing prevents the appellant from using its BARBIE trade-mark to boost (if it can) sales of everything from bicycles to food products, but the question is whether the appellant can call in aid trade-mark law to prevent other people from using a name as common as Barbie in relation to services (such as restaurants) remote to that extent from the products that gave rise to BARBIE's fame. [2] [4]

Under s. 6(2) of the *Trade-marks Act*, confusion arises if it is likely that the hypothetical purchaser — the casual consumer somewhat in a hurry — will be led to the mistaken inference that "the wares or services associated with those trade-marks are manufactured,

marques célèbres. La Commission des oppositions des marques de commerce de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (la « Commission ») a retenu l'argument de l'intimée selon lequel le fait qu'elle emploie le nom « Barbie's » (depuis 1992) pour sa petite chaîne de restaurants dans la région de Montréal n'est pas susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce BARBIE de l'appelante et elle a fait droit à l'enregistrement. La Commission a conclu que la notoriété de BARBIE était liée aux poupées et aux accessoires de poupées et que la marque visée par la demande d'enregistrement de l'intimée, utilisée en liaison avec des produits et services très différents, n'était pas susceptible d'être confondue avec l'une des marques BARBIE de l'appelante. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux confirmé la décision de la Commission. Elles ont aussi rejeté la requête de l'appelante visant à produire un nouvel élément de preuve, soit un sondage censé démontrer la probabilité de confusion entre les marques.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Le pouvoir d'attraction des marques de commerce et des autres « noms commerciaux célèbres » est maintenant reconnu comme l'un des plus précieux éléments d'actif d'une entreprise. Or, peu importe l'évolution commerciale des marques de commerce, elles ont toujours pour objet, sur le plan juridique, leur emploi par leur propriétaire « de façon à distinguer les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres » (*Loi sur les marques de commerce*, art. 2). Une marque est une garantie d'origine et, implicitement, un gage de la qualité que le consommateur en est venu à associer à une marque de commerce en particulier. Rien n'empêche l'appelante d'utiliser sa marque BARBIE pour stimuler (si faire se peut) les ventes de n'importe quelle marchandise, des vélos aux produits alimentaires, mais reste à savoir si l'appelante peut invoquer le droit des marques de commerce pour empêcher d'autres personnes d'utiliser un nom aussi courant que Barbie en liaison avec des services (par exemple, des restaurants) à ce point éloignés des produits qui sont à l'origine de la renommée de BARBIE. [2] [4]

Selon le par. 6(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, la confusion survient si l'acheteur éventuel — l'acheteur occasionnel plutôt pressé — est susceptible d'être amené à conclure à tort « que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées,

sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class". The general class of wares and services, while relevant, is not controlling. All the surrounding circumstances must be considered, including the factors set out in s. 6(5). In a context-specific assessment, different circumstances will be given different weights. [51-54]

The Federal Court of Appeal's decisions in *Pink Panther* and *Lexus* should not be followed to the extent they suggest that, for confusion to occur, there must be "some resemblance or linkage to the wares in question", i.e. to the wares for which registration of a trade-mark is sought. Resemblance is clearly not a requirement under s. 6. On the contrary, the point of the legislative addition of the words "whether or not the wares or services are of the same general class" conveyed Parliament's intent that not only need there be no "resemblance" to the specific wares or services, but the wares or services marketed by the opponent under its mark and the wares or services marketed by the applicant under its applied-for mark need not even be of the same general class. A trade-mark's fame is capable of carrying the mark across product lines where lesser marks would be circumscribed to their traditional wares or services. Each situation must be judged in its full factual context. A difference in wares or services does not "trump" all other factors, nor does the fame of a trade-mark. The totality of the circumstances will dictate how each consideration should be treated. If, in the end, the result of the use of the new mark would be to introduce confusion into the marketplace, it should not be permitted "whether or not the wares or services are of the same general class" (s. 6(2)). [63-65] [69-72]

Parliament's agreement that some trade-marks are so well known that their use in connection with any wares or services would generate confusion does not mean that BARBIE has such transcendence. In the instant case, having regard to all the surrounding circumstances and the evidence before the Board, its decision that there was no likelihood of confusion between the two marks in the marketplace was reasonable. The onus remained throughout on the respondent to establish the absence of likelihood, but the Board was only required to deal with potential sources of confusion that, in the Board's

vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale ». La catégorie générale des marchandises et services, bien que pertinente, n'est pas déterminante. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris les facteurs énumérés au par. 6(5). Un poids différent sera attribué à différents facteurs selon le contexte. [51-54]

Les décisions *Pink Panther* et *Lexus* de la Cour d'appel fédérale ne doivent pas être suivies dans la mesure où elles laissent croire que, pour qu'il y ait confusion, il faut « une certaine ressemblance ou un certain lien avec les marchandises en question », c.-à-d. avec les marchandises visées par la demande d'enregistrement d'une marque de commerce. La ressemblance n'est manifestement pas une exigence prévue à l'art. 6. Au contraire, en ajoutant à la loi les termes « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale », le législateur a exprimé son intention, non seulement de ne pas exiger une « ressemblance » avec les marchandises et services particuliers en cause, mais encore de ne pas exiger que les marchandises ou services commercialisés par l'opposante en liaison avec sa marque et les marchandises ou services commercialisés par la requérante en liaison avec la marque visée par sa demande appartiennent à la même catégorie générale. La notoriété d'une marque célèbre peut passer d'une gamme de produits à une autre alors qu'une marque moins connue serait limitée à ses marchandises ou services traditionnels. Il faut juger chaque situation en considérant l'ensemble de son contexte factuel. La différence entre les marchandises ou les services ne constitue pas un « atout propre à éliminer » les autres facteurs, mais la notoriété de la marque non plus. C'est l'ensemble des circonstances qui déterminera le poids à accorder à chacun des facteurs. Dans le cas où l'emploi de la nouvelle marque aurait pour effet de créer de la confusion sur le marché, son enregistrement devrait être refusé, « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale » (par. 6(2)). [63-65] [69-72]

Le fait que le Parlement ait reconnu que certaines marques de commerce sont si bien connues que leur emploi en liaison avec une marchandise ou un service quelconque créerait de la confusion ne signifie pas que la marque BARBIE ait un effet aussi transcendant. En l'occurrence, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la preuve soumise à la Commission, sa décision selon laquelle aucune confusion n'était susceptible de survenir sur le marché entre les deux marques était raisonnable. C'est à l'intimée qu'incombait pendant tout le processus le fardeau de prouver l'absence de

view, have about them an air of reality. When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of review applicable to the Board's decision is reasonableness. The expertise of the Board and the "weighing up" nature of the mandate imposed by s. 6 of the *Trade-marks Act* lead to that conclusion despite the grant of a full right of appeal. [25-29] [40] [91]

BARBIE has acquired a strong secondary meaning associated with the appellant's doll products and, on that account, has achieved considerable distinctiveness. The BARBIE mark also has deep roots and has been highly publicized over a large geographic area. The respondent's applied-for trade-mark, which does not lie only in the word "Barbie" but in the totality of the effect, including the script in which it is written and the surrounding design, has become somewhat known within the area where both parties' marks are used. The doll business and the restaurant business appeal to the different tastes of largely different clienteles. [75-78]

Unlike the case with other forms of intellectual property, trade-mark entitlement is based on actual use. Here, the Board did not accept that the BARBIE mark is "famous" for or distinctive of anything other than dolls and dolls' accessories. Its assessment was supported by the evidence. If the BARBIE mark is not famous for anything but dolls and doll accessories and there is no evidence that BARBIE's licensees are in the relevant markets using the BARBIE mark for "restaurant services, take-out services, catering and banquet services", it is difficult to see the basis on which a casual consumer somewhat in a hurry is likely to draw the mistaken inference. Quite apart from the great difference between the appellant's wares and the respondent's services, they occupy different channels of trade and the increased potential for confusion that might arise through intermingling in a single channel of trade is not present. [5] [82-87]

The survey the appellant sought to adduce as fresh evidence was properly excluded. The issue in these opposition proceedings was the likelihood of confusion. The survey question ("Do you believe that the company that makes Barbie dolls might have anything to do with

probabilité, mais la Commission n'était tenue d'examiner que les sources possibles de confusion qu'elle estimait vraisemblables. Il ressort de la prise en compte des facteurs pertinents de la méthode pragmatique et fonctionnelle que la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est celle du caractère raisonnable. L'expertise de la Commission et le rôle d'« appréciation » que lui impose l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce* mènent à cette conclusion, malgré l'octroi d'un droit d'appel absolu. [25-29] [40] [91]

Le nom BARBIE possède un solide sens secondaire associé aux poupées de l'appelante et, pour cette raison, il a acquis un très grand caractère distinctif. La marque BARBIE a aussi des racines profondes et elle a bénéficié d'une publicité importante dans un secteur géographique étendu. La marque visée par la demande d'enregistrement de l'intimée, qui n'est pas seulement le mot « Barbie » mais l'ensemble de l'effet produit, notamment le type d'écriture employée et le dessin qui l'encadre, est devenue passablement connue dans la région où les marques des deux parties sont employées. L'entreprise de fabrication de poupées et l'entreprise de restauration s'adressent aux goûts différents d'une clientèle très différente. [75-78]

Contrairement à d'autres formes de propriété intellectuelle, le droit à une marque de commerce repose essentiellement sur son emploi véritable. En l'espèce, la Commission n'a pas reconnu que la marque BARBIE est « célèbre » ou distinctive à l'égard d'autres marchandises que des poupées et des accessoires de poupées. Cette conclusion est étayée par la preuve. Si la marque BARBIE n'est célèbre qu'en liaison avec des poupées et des accessoires de poupées, et si rien ne prouve que les titulaires d'une licence BARBIE, quels qu'ils soient, emploient sur les marchés pertinents la marque BARBIE en liaison avec « des services de restaurant, des services de mets à emporter, [ainsi que] des services de traiteur et de banquet », il est difficile de voir sur quel fondement le consommateur plutôt pressé est susceptible de tirer une conclusion erronée. Indépendamment de la grande différence qu'il y a entre eux, les marchandises de l'appelante et les services de l'intimée empruntent des voies de commercialisation différentes et la possibilité accrue de confusion que leur chevauchement à l'intérieur d'une seule voie de commercialisation pourrait entraîner n'existe pas. [5] [82-87]

Le sondage que l'appelante a voulu produire comme nouvel élément de preuve a été exclu à bon droit. La procédure d'opposition portait sur la probabilité de confusion. La question posée lors du sondage (« Croyez-vous que la compagnie qui fabrique les poupées Barbie

the restaurant identified by this sign or logo?") addresses the wholly different issue of possibilities, rather than probability, of confusion. A survey that is not responsive to the point at issue is irrelevant and should be excluded on that ground alone. [44] [49]

Evidence of actual confusion would be a relevant "surrounding circumstance". Such evidence is not necessary even where trade-marks are shown to have operated in the same market area for a significant period of time because the relevant issue is "likelihood of confusion" not "actual confusion". Nevertheless an adverse inference may be drawn from the lack of evidence of actual confusion in circumstances where it would readily be available if the allegation of likely confusion was justified. [55] [89]

Per LeBel J.: The Board's decision was entitled to deference, but it had to be reasonable. On the facts of this case, as demonstrated by the analysis of the legal and factual issues in the majority's reasons, the Board's decision was indeed reasonable. [93]

Cases Cited

By Binnie J.

Explained: *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15; **referred to:** *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65; *Aladdin Industries, Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1974] S.C.R. 845; *Breck's Sporting Goods Co. v. Magder*, [1976] 1 S.C.R. 527; *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; *Novopharm Ltd. v. Bayer Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 304; *Garbo Creations Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224; *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192; *McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207, aff'd (1992), 41 C.P.R. (3d) 67; *Lamb v. Canadian Reserve Oil & Gas Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 517; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial*

pourrait avoir quelque chose à faire avec le restaurant identifié par cette enseigne ou ce logo? ») porte sur un tout autre point, soit les possibilités, plutôt que la probabilité, de confusion. Un sondage qui ne répond pas à la question en litige n'est pas pertinent et devrait être exclu pour ce seul motif. [44] [49]

La preuve d'une confusion réelle serait une « circonstance de l'espèce » pertinente. Pareille preuve n'est pas nécessaire même s'il est démontré que les marques de commerce ont été exploitées dans la même région pendant une période importante parce que la question pertinente est la « probabilité de confusion » et non la « confusion réelle ». Une conclusion défavorable peut toutefois être tirée de l'absence d'une telle preuve dans le cas où elle pourrait facilement être obtenue si l'allégation de probabilité de confusion était justifiée. [55] [89]

Le juge LeBel : Il faut faire preuve de retenue envers la décision de la Commission, mais celle-ci devait être raisonnable. Au vu des faits de l'espèce, exposés dans l'analyse des questions de droit et de fait figurant dans les motifs majoritaires, la décision de la Commission était effectivement raisonnable. [93]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts expliqués : *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15; **arrêts mentionnés :** *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65; *Aladdin Industries, Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1974] R.C.S. 845; *Breck's Sporting Goods Co. c. Magder*, [1976] 1 R.C.S. 527; *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1987] A.C.F. nº 849 (QL); *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145; *Novopharm Ltd. c. Bayer Inc.*, [2000] A.C.F. nº 1864 (QL); *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, [1999] A.C.F. nº 1763 (QL); *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192; *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207, conf. par [1992] A.C.F. nº 70 (QL); *Lamb c. Canadian Reserve Oil & Gas Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 517; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997]

Council), [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Polo Ralph Lauren Corp. v. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51; *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, [2002] 3 F.C. 405, 2002 FCA 29; *Purafil, Inc. v. Purafil Canada Ltd.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 345, 2004 FC 522; *Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121; *Paulin Chambers Co. v. Rowntree Co.* (1966), 51 C.P.R. 153; *Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 454; *Walt Disney Productions v. Fantasyland Hotel Inc.* (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 146; *Cartier Inc. v. Cartier Optical Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 68; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Sunlife Juice Ltd.* (1988), 22 C.P.R. (3d) 244; *New Balance Athletic Shoes, Inc. v. Matthews* (1992), 45 C.P.R. (3d) 140; *National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd.* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 27; *McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 463, aff'd (1996), 68 C.P.R. (3d) 168; *Unitel Communications Inc. v. Bell Canada* (1995), 92 F.T.R. 161; *Canada Post Corp. v. Mail Boxes Etc. USA, Inc.* (1996), 77 C.P.R. (3d) 93; *Coca-Cola Ltd. v. Southland Corp.* (2001), 20 C.P.R. (4th) 537; *Molson Companies Ltd. v. S.P.A. Birra Peroni Industriale* (1992), 45 C.P.R. (3d) 28; *Molson Breweries v. Swan Brewery Co.*, [1994] T.M.O.B. No. 253 (QL); *Toys "R" Us (Canada) Ltd. v. Manjel Inc.* (2003), 229 F.T.R. 71, 2003 FCT 283; *Safeway Stores, Inc. v. Safeway Insurance Co.*, 657 F. Supp. 1307 (1985); *Gainers Inc. v. Marchildon* (1996), 66 C.P.R. (3d) 308; *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 3; *Morning Star Co-Operative Society Ltd. v. Express Newspapers Ltd.*, [1979] F.S.R. 113; *Klotz v. Corson* (1927), 33 O.W.N. 12; *Barsalou v. Darling* (1882), 9 S.C.R. 677; *Delisle Foods Ltd. v. Anna Beth Holdings Ltd.* (1992), 45 C.P.R. (3d) 535; *American Cyanamid Co. v. Record Chemical Co.*, [1972] F.C. 1271, aff'd (1973), 14 C.P.R. (2d) 127; *Michelin & Cie v. Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 260; *General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678, aff'g [1947] Ex. C.R. 568; *Four Seasons Hotels Ltd. v. Four Seasons Television Network Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 139; *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.*, [1942] 2 D.L.R. 657, aff'g [1940] S.C.R. 17; *Coombe v. Mendit Ld.* (1913), 30 R.P.C. 709; *Carson v. Reynolds*, [1980] 2 F.C. 685; *John Walker & Sons Ltd. v. Steinman* (1965), 44 C.P.R. 58; *James Burrough Ltd. v. Reckitt & Colman (Canada) Ltd.* (1967), 53 C.P.R. 276; *Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 511, aff'd (1988), 19 C.P.R. (3d) 331; *Danjaq, S.A. v. Zervas* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295;

1 R.C.S. 748; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *United States Polo Assn. c. Polo Ralph Lauren Corp.*, [2000] A.C.F. nº 1472 (QL); *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, [2002] 3 C.F. 405, 2002 CAF 29; *Purafil, Inc. c. Purafil Canada Ltd.*, [2004] A.C.F. nº 628 (QL), 2004 CF 522; *Building Products Ltd. c. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121; *Paulin Chambers Co. c. Rowntree Co.* (1966), 51 C.P.R. 153; *Canadian Schenley Distilleries Ltd. c. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Seagram Real Estate Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 454; *Walt Disney Productions c. Fantasyland Hotel Inc.* (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 146; *Cartier, Inc. c. Lunettes Cartier Ltée*, [1988] A.C.F. nº 266 (QL); *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Sunlife Juice Ltd.* (1988), 22 C.P.R. (3d) 244; *New Balance Athletic Shoes, Inc. c. Matthews* (1992), 45 C.P.R. (3d) 140; *National Hockey League c. Pepsi-Cola Canada Ltd.* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 27; *McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.*, [1994] A.C.F. nº 638 (QL), conf. par [1996] A.C.F. nº 774 (QL); *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*, [1995] A.C.F. nº 613 (QL); *Canada Post Corp. c. Mail Boxes Etc. USA, Inc.* (1996), 77 C.P.R. (3d) 93; *Coca-Cola Ltd. c. Southland Corp.* (2001), 20 C.P.R. (4th) 537; *Molson Companies Ltd. c. S.P.A. Birra Peroni Industriale* (1992), 45 C.P.R. (3d) 28; *Molson Breweries c. Swan Brewery Co.*, [1994] C.O.M.C. nº 253 (QL); *Toys "R" Us (Canada) Ltd. c. Manjel Inc.*, [2003] A.C.F. nº 398 (QL), 2003 CFPI 283; *Safeway Stores, Inc. c. Safeway Insurance Co.*, 657 F. Supp. 1307 (1985); *Gainers Inc. c. Marchildon*, [1996] A.C.F. nº 297 (QL); *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1987] A.C.F. nº 1123 (QL); *Morning Star Co-Operative Society Ltd. c. Express Newspapers Ltd.*, [1979] F.S.R. 113; *Klotz c. Corson* (1927), 33 O.W.N. 12; *Barsalou c. Darling* (1882), 9 R.C.S. 677; *Aliments Delisle Ltée c. Anna Beth Holdings Ltd.*, [1992] C.O.M.C. nº 466 (QL); *American Cyanamid Co. c. Record Chemical Co.*, [1972] C.F. 1271, conf. par (1973), 14 C.P.R. (2d) 127; *Michelin & Cie c. Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 260; *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678, conf. [1947] R.C. de l'É. 568; *Four Seasons Hotels Ltd. c. Four Seasons Television Network Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 139; *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. c. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.*, [1942] 2 D.L.R. 657, conf. [1940] R.C.S. 17; *Coombe c. Mendit Ld.* (1913), 30 R.P.C. 709; *Carson c. Reynolds*, [1980] 2 C.F. 685; *John Walker & Sons Ltd. c. Steinman* (1965), 44 C.P.R. 58; *James Burrough Ltd. c. Reckitt & Colman*

Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée, [2006] 1 S.C.R. 824, 2006 SCC 23; *Mead Data Central, Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc.*, 875 F.2d 1026 (1989); *Western Clock Co. v. Oris Watch Co.*, [1931] Ex. C.R. 64; *Henry K. Wampole & Co. v. Hervay Chemical Co. of Canada*, [1930] S.C.R. 336; *British Drug Houses, Ltd. v. Battle Pharmaceuticals*, [1944] Ex. C.R. 239; *Ainsworth v. Walmsley* (1866), L.R. 1 Eq. 518; *ConAgra, Inc. v. McCain Foods Ltd.* (2001), 14 C.P.R. (4th) 288, 2001 FCT 963; *Panavision, Inc. v. Matsushita Electric Industrial Co.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 486; *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1950] Ex. C.R. 431; *Monsport Inc. v. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. 356; *Multiplicant Inc. v. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372; *Edelsten v. Edelsten* (1863), 1 De G. J. & S. 185, 46 E.R. 72.

Statutes and Regulations Cited

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 2 "confusing", "trade-mark", 6, 7, 20, 22, 45(3), 50, 56(1), (5).

Treaties and Other International Instruments

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299 (being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), signed April 15, 1994, art. 15.

Authors Cited

Canada. *Report of the Trade Mark Law Revision Committee*, by Harold G. Fox, Chairman. Ottawa: Queen's Printer, 1953.

Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.

Gervais, Daniel, and Elizabeth F. Judge. *Intellectual Property: The Law in Canada*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2005, release 2).

Macquarie Dictionary, rev. 3rd ed. Sydney, Australia: Macquarie Library, 2002, "Barbie doll".

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4, 4th ed. Deerfield, Ill.: Thomson/West, 1996 (loose-leaf updated December 2005, release 36).

(Canada) Ltd. (1967), 53 C.P.R. 276; *Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.*, [1986] A.C.F. nº 766 (QL), conf. par [1988] A.C.F. nº 176 (QL); *Danjaq Inc. c. Zervas*, [1997] A.C.F. nº 1036 (QL); *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824, 2006 CSC 23; *Mead Data Central, Inc. c. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc.*, 875 F.2d 1026 (1989); *Western Clock Co. c. Oris Watch Co.*, [1931] R.C. de l'É. 64; *Henry K. Wampole & Co. c. Hervay Chemical Co. of Canada*, [1930] R.C.S. 336; *British Drug Houses, Ltd. c. Battle Pharmaceuticals*, [1944] R.C. de l'É. 239; *Ainsworth c. Walmsley* (1866), L.R. 1 Eq. 518; *ConAgra, Inc. c. McCain Foods Ltd.*, [2001] A.C.F. nº 1331 (QL), 2001 CFPI 963; *Matsushita Electric Industrial Co. c. Panavision, Inc.*, [1992] A.C.F. nº 19 (QL); *Freed & Freed Ltd. c. Registrar of Trade Marks*, [1950] R.C. de l'É. 431; *Monsport Inc. c. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée*, [1988] A.C.F. nº 1077 (QL); *Multiplicant Inc. c. Petit Bateau Valton S.A.*, [1994] A.C.F. nº 382 (QL); *Edelsten c. Edelsten* (1863), 1 De G. J. & S. 185, 46 E.R. 72.

Lois et règlements cités

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 2 « créant de la confusion », « marque de commerce », 6, 7, 20, 22, 45(3), 50, 56(1), (5).

Traités et autres instruments internationaux

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332 (annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), signé le 15 avril 1994, art. 15.

Doctrine citée

Canada. *Rapport de la Commission de révision de la loi sur les marques de commerce*, par Harold G. Fox, président. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1953.

Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1972.

Gervais, Daniel, and Elizabeth F. Judge. *Intellectual Property : The Law in Canada*. Toronto : Thomson/Carswell, 2005.

Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2005, release 2).

Macquarie Dictionary, rev. 3rd ed. Sydney, Australia : Macquarie Library, 2002, « Barbie doll ».

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4, 4th ed. Deerfield, Ill. :

Mostert, Frederick W. *Famous and Well-Known Marks: An International Analysis*. London: Butterworths, 1997.

Vaver, David. "Unconventional and Well-known Trade Marks", [2005] *Sing. J.L.S.* 1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Pelletier JJ.A.) (2005), 329 N.R. 259, 38 C.P.R. (4th) 214, [2005] F.C.J. No. 64 (QL), 2005 FCA 13, affirming a decision of Rouleau J. (2004), 248 F.T.R. 228, 30 C.P.R. (4th) 456, [2004] F.C.J. No. 436 (QL), 2004 FC 361, affirming a decision of the Trade-marks Opposition Board (2002), 23 C.P.R. (4th) 395, [2002] T.M.O.B. No. 35 (QL). Appeal dismissed.

Paul D. Blanchard, Henry S. Brown, Q.C., and *Lisa R. W. Vatch*, for the appellant.

Sophie Picard, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

BINNIE J. — The BARBIE doll is said by the appellant toy manufacturer to be an iconic figure of pop culture. And so, within limits, it is. The sale of various BARBIE products annually exceeds $1.4 billion worldwide, representing 35 percent of the appellant's sales. The appellant advises that Canadian girls aged 3 to 11 years are given an average of two BARBIE dolls per year. The appellant therefore opposes the respondent's application to register trade-marks in connection with its small chain of Montreal suburban "Barbie's" restaurants on the basis that use of the name (albeit in relation to different wares and services) would likely create confusion in the marketplace. On a casual acquaintance with both marks, it is contended, there is a likelihood that consumers would think that the doll people had something to do with a restaurant called "Barbie's". Or, as the appellant framed its point in a consumer survey by asking the following question "Do you believe that the company that makes Barbie dolls might have anything to do with the

Thomson/West, 1996 (loose-leaf updated December 2005, release 36).

Mostert, Frederick W. *Famous and Well-Known Marks : An International Analysis*. London : Butterworths, 1997.

Vaver, David. « Unconventional and Well-known Trade Marks », [2005] *Sing. J.L.S.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Pelletier) (2005), 329 N.R. 259, 38 C.P.R. (4th) 214, [2005] A.C.F. nº 64 (QL), 2005 CAF 13, qui a confirmé une décision du juge Rouleau (2004), 248 F.T.R. 228, 30 C.P.R. (4th) 456, [2004] A.C.F. nº 436 (QL), 2004 CF 361, qui avait confirmé une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce (2002), 23 C.P.R. (4th) 395, [2002] C.O.M.C. nº 35 (QL). Pourvoi rejeté.

Paul D. Blanchard, Henry S. Brown, c.r., et *Lisa R. W. Vatch*, pour l'appelante.

Sophie Picard, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE BINNIE — L'appelante, une fabricante de jouets, affirme que la poupée BARBIE est une icône de la culture pop. Et elle dit vrai, dans une certaine mesure. Les ventes annuelles des divers produits BARBIE dépassent 1,4 milliard de dollars à l'échelle mondiale, ce qui représente 35 p. 100 du chiffre d'affaires de l'appelante. L'appelante précise que les fillettes canadiennes âgées de 3 à 11 ans reçoivent en moyenne deux poupées BARBIE par année. Elle s'oppose donc à la demande de l'intimée qui cherche à enregistrer des marques de commerce à l'égard de la petite chaîne de restaurants « Barbie's » qu'elle exploite dans la région de Montréal, au motif que l'emploi de ce nom (quoique à l'égard de marchandises et services différents) est susceptible de créer de la confusion sur le marché. Les consommateurs qui ne connaissent que vaguement les deux marques, prétend-on, sont susceptibles de croire que la société qui fabrique les poupées a quelque chose à faire avec le restaurant « Barbie's ». Ou, pour reprendre les termes utilisés

restaurant identified by this sign or logo?" (Emphasis added.)

2 Merchandising has come a long way from the days when "marks" were carved on silver goblets or earthenware jugs to identify the wares produced by a certain silversmith or potter. Their traditional role was to create a link in the prospective buyer's mind between the product and the producer. The power of attraction of trade-marks and other "famous brand names" is now recognized as among the most valuable of business assets. However, whatever their commercial evolution, the legal purpose of trade-marks continues (in terms of s. 2 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13) to be their use by the owner "to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others". It is a guarantee of origin and inferentially, an assurance to the consumer that the quality will be what he or she has come to associate with a particular trade-mark (as in the case of the mythical "Maytag" repairman). It is, in that sense, consumer protection legislation.

3 The appellant advises that the name BARBIE and that of her "soul mate", Ken, were borrowed by their original designer from the names of her own children. The name, as such, is not inherently distinctive of the appellant's wares. Indeed, Barbie is a common contraction of Barbara. It is also a surname. Over the last four decades or so, however, massive marketing of the doll and accessories has created a strong secondary meaning which, in appropriate circumstances, associates BARBIE in the public mind with the appellant's doll products.

par l'appelante dans la question suivante posée aux consommateurs lors d'un sondage : « Croyez-vous que la compagnie qui fabrique les poupées Barbie pourrait avoir quelque chose à faire avec le restaurant identifié par cette enseigne ou ce logo? » (Je souligne.)

Les techniques marchandes ont beaucoup progressé depuis l'époque où l'on gravait une « marque » sur des gobelets d'argent ou sur des pichets en terre cuite afin d'identifier les marchandises produites par un orfèvre ou un potier en particulier. Le rôle traditionnel des marques était de créer un lien dans l'esprit de l'acheteur éventuel entre le produit et son fabricant. Le pouvoir d'attraction des marques de commerce et des autres « noms commerciaux célèbres » est maintenant reconnu comme l'un des plus précieux éléments d'actif d'une entreprise. Or, peu importe l'évolution commerciale des marques de commerce, elles ont toujours pour objet, sur le plan juridique, (selon les termes mêmes de l'art. 2 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13) leur emploi par la personne qui en est propriétaire « de façon à distinguer [. . .] les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres ». Il s'agit d'une garantie d'origine et, implicitement, d'un gage de la qualité que le consommateur en est venu à associer à une marque de commerce en particulier (comme c'est le cas du personnage mythique du réparateur « Maytag »). Le droit relatif aux marques de commerce appartient, en ce sens, au domaine de la protection des consommateurs.

L'appelante explique que la conceptrice originale des poupées a emprunté à ses propres enfants le nom BARBIE et celui de son « âme sœur », Ken. Le nom des marchandises de l'appelante n'a pas comme tel un caractère distinctif inhérent. En fait, Barbie est le diminutif courant de Barbara. C'est aussi un nom de famille. Au cours des quatre dernières décennies, la commercialisation massive de la poupée et de ses accessoires a cependant conféré au nom BARBIE un sens secondaire très fort qui, lorsque le contexte s'y prête, l'associe aux poupées de l'appelante dans l'esprit du public.

The appellant's argument is that the trade-mark BARBIE now transcends the products which originally it served to distinguish. Moreover, the appellant says, its fame goes *beyond* wares and services aimed at girls in the 3- to 11-year-old age group (its primary market) to the diverse products set out in various of its registrations ("[c]ologne, hand lotion and body lotion"), food products ("[s]pices, breads, cakes, cereal, coffee, crackers, flour, herbs, pies, ice cream, pizza"), as well as bicycles, backpacks, books and construction pads. Of course, nothing prevents the appellant from using its BARBIE trade-mark to boost (if it can) sales of everything from bicycles to cologne, or for that matter lawn mowers and funeral services, but the question is whether the appellant can call in aid trade-mark law to prevent other people from using a name as common as Barbie in relation to services (such as restaurants) remote to that extent from the products that gave rise to BARBIE's fame.

L'appelante soutient que la marque de commerce BARBIE transcende maintenant les produits qu'elle servait initialement à distinguer. De plus, elle affirme que la notoriété de sa marque va *au-delà* des marchandises et services destinés aux fillettes de 3 à 11 ans (sa principale clientèle) et touche divers produits figurant dans plusieurs de ses enregistrements ([TRADUCTION] « eau de toilette, lotion pour les mains et lotion pour le corps »), produits alimentaires ([TRADUCTION] « épices, pains, gâteaux, céréales, café, craquelins, farine, fines herbes, tartes, crème glacée, pizza ») de même que vélos, sacs à dos, livres et blocs de papier de bricolage. Bien sûr, rien n'empêche l'appelante d'utiliser sa marque BARBIE pour stimuler (si faire se peut) les ventes de n'importe quel produit, que ce soit des vélos, de l'eau de toilette, ou même des tondeuses à gazon ou des services funéraires, mais reste à savoir si l'appelante peut invoquer le droit des marques de commerce pour empêcher d'autres personnes d'utiliser un nom aussi courant que Barbie en liaison avec des services (par exemple, des restaurants) à ce point éloignés des produits qui sont à l'origine de la renommée de BARBIE. 4

Unlike other forms of intellectual property, the gravaman of trade-mark entitlement is actual use. By contrast, a Canadian inventor is entitled to his or her patent even if no commercial use of it is made. A playwright retains copyright even if the play remains unperformed. But in trade-marks the watchword is "use it or lose it". In the absence of use, a registered mark can be expunged (s. 45(3)). There was no credible evidence that BARBIE has been used in Canada either by the appellant or by one of its licensees in connection with the services for which the respondent made trade-mark application, namely "restaurant services, take-out services, catering and banquet services".

Contrairement à d'autres formes de propriété intellectuelle, le droit à une marque de commerce repose essentiellement sur son emploi véritable. Ainsi, l'inventeur canadien a droit à un brevet même s'il n'en fait aucune exploitation commerciale. Le dramaturge conserve son droit d'auteur même si sa pièce n'est pas jouée. Mais, en ce qui concerne une marque de commerce, le mot d'ordre est de l'employer sous peine de la perdre. L'enregistrement d'une marque déposée qui n'a pas été employée est susceptible de radiation (par. 45(3)). Aucun élément de preuve crédible n'a démontré que la marque BARBIE a été employée au Canada, par l'appelante ou par l'un de ses titulaires de licence, en liaison avec les services visés par la demande de l'intimée, à savoir « des services de restaurant, des services de mets à emporter, des services de traiteur et de banquet ». 5

In opposition proceedings, trade-mark law *will* afford protection that transcends the traditional product lines unless the applicant shows the likelihood that registration of its mark will *not* create

Dans une procédure d'opposition, le droit des marques de commerce *offre* une protection qui transcende les gammes de produits traditionnels, sauf si le requérant démontre que l'enregistrement 6

confusion in the marketplace within the meaning of s. 6 of the *Trade-marks Act*. Confusion is a defined term, and s. 6(2) requires the Trade-marks Opposition Board (and ultimately the court) to address the *likelihood* that in areas where both trade-marks are used, prospective purchasers will infer (incorrectly) that the wares and services — though not being of the same general class — are nevertheless supplied by the same person. Such a mistaken inference can only be drawn here, of course, if a link or association is likely to arise in the consumer's mind between the source of the well-known BARBIE products and the source of the respondent's less well-known restaurants. If there is no likelihood of a link, there can be no likelihood of a mistaken inference, and thus no confusion within the meaning of the Act.

de sa marque *n'est pas* susceptible de créer de la confusion dans le marché au sens de l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*. La confusion est un terme défini et le par. 6(2) impose à la Commission des oppositions des marques de commerce (et ultimement, à la cour) de déterminer si l'emploi des deux marques de commerce dans la même région est *susceptible* de faire conclure (à tort) aux acheteurs éventuels que les marchandises et services — même s'ils n'appartiennent pas à la même catégorie générale — sont néanmoins offerts par la même personne. Une telle conclusion n'est évidemment possible en l'espèce que si un lien ou une association est susceptible de s'établir dans l'esprit du consommateur entre la source des produits BARBIE, qui sont notoires, et la source des restaurants de l'intimée, qui sont moins connus. Si aucun lien n'est susceptible d'être établi, il ne peut exister de probabilité de conclusion erronée et, par conséquent, aucune confusion au sens de la Loi.

7 The substance of the appellant's argument (set out at para. 48 of its factum) is that "Mattel's BARBIE trade-marks are famous in Canada and worldwide, instantly evoking the image of the brand in the minds of consumers. Having acquired such fame, marks such as . . . BARBIE may not now be used in Canada on most consumer wares and services without the average consumer being led to infer the existence of a trade connection with the owners of these famous brands" (emphasis added). Some trade-marks may have that effect, but the Board found BARBIE's fame to be tied to dolls and doll accessories. At this stage, its fame is not enough to bootstrap a broad zone of exclusivity covering "most consumer wares and services". The Board was not required to speculate about what might happen to the BARBIE trade-mark in the future. It was required to deal with the respondent's application on the facts established in the evidence.

L'appelante prétend essentiellement (selon le par. 48 de son mémoire) que [TRADUCTION] « les marques de commerce BARBIE de Mattel sont célèbres au Canada et partout dans le monde, et font instantanément surgir l'image de la marque dans l'esprit des consommateurs. Ayant acquis une telle renommée, les marques telles que [. . .] BARBIE ne peuvent dorénavant être apposées sur la plupart des services et des biens de consommation au Canada, sans que le consommateur moyen soit amené à inférer l'existence d'un lien commercial avec les propriétaires de ces marques célèbres » (je souligne). Il est possible que certaines marques de commerce aient cet effet, mais la Commission a conclu que la notoriété de BARBIE était liée aux poupées et aux accessoires de poupées. En ce moment, sa renommée ne suffit pas pour établir à elle seule une zone générale d'exclusivité couvrant [TRADUCTION] « la plupart des services et des biens de consommation ». La Commission n'était pas tenue de spéculer sur ce qui pourrait advenir un jour de la marque BARBIE. Elle devait traiter la demande de l'intimée en se fondant sur les faits tels qu'ils ont été établis par la preuve.

8 The appellant relies on Professor J. T. McCarthy's *dictum*, discussed below, that "a relatively strong

L'appelante s'appuie sur la remarque du professeur J. T. McCarthy, qui sera analysée plus loin, selon

mark can leap vast product line differences at a single bound" (*McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th ed. (loose-leaf)), at § 11:74). However, the evidence before the Board was that, for BARBIE, the present case was a leap too far, and that on the evidence prospective consumers will likely *not* infer that whoever owns the BARBIE doll trade-mark is associated in some way with the restaurants identified by the applied-for mark. This is a conclusion that was open to the Board.

laquelle [TRADUCTION] « une marque relativement forte peut franchir d'un seul bond un écart considérable entre deux gammes de produits » (*McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4e éd. (feuilles mobiles)), § 11:74). Toutefois, la preuve soumise à la Commission a démontré que l'écart, en l'occurrence, était trop grand pour BARBIE et qu'il est probable que les consommateurs éventuels *ne* concluront *pas* que le propriétaire de la marque de commerce de la poupée BARBIE, quel qu'il soit, est associé d'une façon quelconque aux restaurants identifiés par la marque que l'intimée veut déposer. Il s'agit là d'une conclusion que la Commission pouvait effectivement tirer.

As is permitted under s. 56(5) of the Act, the appellant sought to introduce fresh evidence before the applications judge about the likelihood of confusion but the proffered evidence was found to be unresponsive to the statutory test and on that account it was rightly rejected. 9

Comme le permet le par. 56(5) de la Loi, l'appelante a demandé à produire de nouveaux éléments de preuve devant le juge des requêtes relativement à la probabilité de confusion, mais le juge a estimé que la preuve ainsi offerte ne satisfaisait pas au critère établi par la Loi et l'a, pour cette raison, rejetée à bon droit.

On this appeal, the Board's decision should be upheld unless it is shown to be unreasonable. On the admissible evidence, the Board was not shown to be clearly wrong in its decision that the respondent restauranteur has established that it is *not* likely that prospective consumers will draw the mistaken inference. I would therefore affirm the reasonableness of the decision of the Board to accept registration of the respondent's trade-mark and dismiss the appeal. 10

Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission devrait être confirmée à moins qu'il ne soit démontré qu'elle est déraisonnable. La preuve admissible n'a pas démontré que la Commission aurait commis une erreur manifeste en concluant que le restaurateur intimé s'est acquitté de son fardeau de prouver que les consommateurs éventuels *ne* sont *pas* susceptibles de tirer une conclusion erronée. Je suis donc d'avis de confirmer le caractère raisonnable de la décision de la Commission de permettre le dépôt de la marque de commerce de l'intimée et je rejetterais le pourvoi.

I. Facts

The respondent opened its first Barbie's restaurant in Montreal in 1992. Over the years it has added two more (one of which subsequently closed). These are medium-priced "bar-and-grill" type operations, with meals including ribs, smoked meat, souvlaki, steak, chicken, seafood and pizza, much of which is barbecued (or, as the menu puts it, done on the "barbie-Q"), along with alcoholic beverages. There are also breakfast and lunch menus. The bulk of the business is sit-down clientele. The

I. Les faits

C'est en 1992 que l'intimée a ouvert son premier restaurant Barbie's à Montréal. Au fil des ans, elle en a ouvert deux autres (l'un d'eux a par la suite fermé ses portes). Il s'agit d'établissements à prix moyens qui combinent un bar et une grilladerie et servent surtout des mets préparés sur le barbecue (ou, comme l'indique le menu, sur le « barbie-Q »), notamment des côtes levées, de la viande fumée, des souvlakis, des steaks, du poulet, des fruits de mer et de la pizza, ainsi que 11

decor is predominantly geared to adults and the bar is an important feature of each location. The restaurants do offer a kids' menu and a "kids eat free" promotion one night of the week but the Board found its target clientele to be adults. Compared to that of the appellant, it is a modest operation. Total restaurant sales for the six years 1992-1997 inclusive totalled about $11 million. Advertising expenses, including television, radio and newspaper advertising, amounted to about $616,000 for the same time period. In September 1993, an application (now assigned to the respondent) was made to register the trade-mark BARBIE'S & Design in association with "restaurant services, take-out services, catering and banquet services". The applicant's mark is prominently displayed on the exterior of the restaurants and on menus, napkins, matchbooks, receipts, order forms and business cards. The mark, as now applied for, looks like this:

des boissons alcoolisées. On y offre également le petit-déjeuner et le repas du midi. Leurs activités sont surtout axées sur le service à table. Le décor est conçu pour plaire aux adultes et le bar occupe une place importante dans chacun des emplacements. Les restaurants offrent un menu pour enfants et, un soir par semaine, ces derniers peuvent y manger « gratuitement », mais la Commission a conclu que les restaurants ciblaient une clientèle adulte. Si on la compare à celle de l'appelante, l'entreprise de l'intimée est modeste. Sur une période de six ans, soit de 1992 à 1997 inclusivement, le chiffre d'affaires total des restaurants s'est élevé à environ 11 millions de dollars. Les frais de publicité, incluant les annonces à la télévision, à la radio et dans les journaux, se sont établis à environ 616 000 $ pour la même période. En septembre 1993, une demande (que l'on attribue maintenant à l'intimée) a été présentée en vue de l'enregistrement de la marque de commerce BARBIE'S & Dessin, en liaison avec [TRADUCTION] « des services de restaurant, des services de mets à emporter, des services de traiteur et de banquet ». La marque de l'intimée est affichée bien en vue à l'extérieur des restaurants, et elle figure sur les menus, serviettes de papier, pochettes d'allumettes, reçus, bons de commandes et cartes d'affaires. Voici une représentation de la marque visée par la demande d'enregistrement actuelle :

12 There are clearly significant points of resemblance between the trade-marks of the appellant and the trade-marks applied for by the respondent. The appellant's registered trade-mark looks like this:

De toute évidence, il existe des éléments de ressemblance entre les marques de commerce de l'appelante et celles dont l'enregistrement est demandé par l'intimée. Voici une représentation de la marque déposée de l'appelante :

BARBIE

The appellant's trade-marks enjoy an extensive worldwide reputation for dolls and accessories primarily targeted at the market of 3- to 11-year-old girls. There are some adult collectors of BARBIE doll products. By 2001, sales, promotion, and advertising of BARBIE products across Canada generated annual sales revenues of approximately $75 million, annual licensing revenues of approximately $5 million, and annual advertising expenses of approximately $5 million. The appellant describes itself in these proceedings as being "in the business of building brand equity". Licensing of the BARBIE trade-mark is commonplace and the wares or goods to which the trade-mark is attached are growing. The appellant sees licencing of the BARBIE trade-marks as an expanding and lucrative commercial opportunity. To date, BARBIE has not been used in Canada by the appellant or any of its licensees for restaurant services, take-out services, catering and banquet services. I generally will refer to the appellant's trade-marks collectively as the BARBIE mark.

II. Relevant Statutory Provisions

See Appendix.

III. History of the Proceedings

A. *Canadian Intellectual Property Office, Trade-marks Opposition Board (Member Herzig for the Registrar of Trade-marks)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 395

The Board found that both marks possessed a relatively low degree of inherent distinctiveness as they would be perceived as a nickname for or truncation of the name Barbara. Mattel's mark was very well known in Canada when used in association with dolls and doll accessories. The trade-mark

BARBIE

Les marques de commerce de l'appelante jouissent d'une grande notoriété à l'échelle mondiale relativement à des poupées et à des accessoires destinés principalement au marché des fillettes de 3 à 11 ans. Certains adultes collectionnent les produits BARBIE. En 2001, les ventes, la promotion et la publicité des produits BARBIE au Canada généraient annuellement des recettes de vente d'approximativement 75 millions de dollars, des revenus de licence d'environ 5 millions de dollars et des dépenses de publicité d'à peu près 5 millions de dollars. L'appelante se décrit en l'espèce comme une entreprise dont les activités consistent à [TRADUCTION] « développer du capital-marque ». Des licences sont couramment attribuées pour la marque de commerce BARBIE et les marchandises ou biens auxquels elle se rattache sont de plus en plus nombreux. L'appelante estime que la concession de licences pour les marques de commerce BARBIE constitue une activité lucrative en pleine croissance. À ce jour, ni l'appelante ni l'un des titulaires de licence n'ont employé la marque BARBIE pour des services de restaurant, des services de mets à emporter ou des services de traiteur et de banquet. J'utiliserai généralement l'expression « la marque BARBIE » pour désigner l'ensemble des marques de commerce de l'appelante. 13

II. Dispositions législatives pertinentes

Voir l'annexe. 14

III. Historique des procédures

A. *Office de la propriété intellectuelle du Canada, Commission des oppositions des marques de commerce (le commissaire Herzig au nom du registraire des marques de commerce)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 395

La Commission a conclu que les deux marques possédaient un caractère distinctif inhérent relativement faible puisqu'elles pouvaient être perçues comme un surnom ou un diminutif du prénom Barbara. La marque de Mattel était très connue au Canada lorsqu'elle était employée en liaison avec 15

sought to be registered by the applicant restaurant had established some reputation in the vicinity of Montreal but the length of time of use of the marks favoured Mattel. The nature of the opponent's wares and the applicant's services were "quite different". Mattel's target market is children and, to some extent, adult collectors, whereas the applicant is in the restaurant business and its primary target market is adults. The marks were essentially the same aurally and in the ideas they suggested, and the overall visual impressions of the marks were essentially the same after the fairly non-distinctive design feature of the applicant's mark was discounted.

16 Though the opponent (now the appellant) in this case had attempted to demonstrate a connection between food and food-related products sold under its own BARBIE trade-marks and the applicant's restaurant services, the Board did not accept the submission that there was any real connection between the two. Although the opponent was not required to show any instances of actual confusion, and it had not done so, the absence of such evidence was only one circumstance among many to be considered.

17 In the circumstances, the Board found that the respondent's mark was not likely to be confusing with any of Mattel's BARBIE marks at the relevant times. The Board rejected the opposition and allowed the registration.

B. *Federal Court (Rouleau J.)* (2004), 248 F.T.R. 228, 2004 FC 361

18 The applications judge observed that "[i]t cannot be automatically presumed that there will be confusion just because [Mattel's BARBIE] mark is famous" (para. 40). The test was that of reasonable likelihood of confusion and the fame of

des poupées et des accessoires de poupées. La marque de commerce visée par la demande d'enregistrement du restaurateur s'était forgée une certaine notoriété dans les environs de Montréal, mais la période pendant laquelle les marques avaient été employées favorisait celles de Mattel. Les marchandises de l'opposante et les services de la requérante étaient « très différents ». Les enfants et, dans une certaine mesure, les adultes collectionneurs constituaient le marché cible de Mattel, alors que la requérante exerçait ses activités dans la restauration et que son marché cible était principalement composé d'adultes. Les marques étaient essentiellement les mêmes sur le plan du son et des idées qu'elles suggèrent, et il en était de même des impressions visuelles globales qu'elles laissaient si l'on ne tient pas compte des caractéristiques passablement non distinctives du dessin de la marque visée par la demande d'enregistrement.

Bien que l'opposante (maintenant l'appelante) en l'espèce ait tenté d'établir un lien entre la nourriture et les produits alimentaires vendus sous le nom de ses propres marques BARBIE et les services de restaurant offerts par la requérante, la Commission n'a pas retenu sa prétention voulant qu'il existe véritablement un lien entre les deux. Même si l'opposante n'était pas tenue de fournir des éléments de preuve établissant une confusion réelle, ce qu'elle n'a effectivement pas fait, cette absence de preuve constituait une circonstance pertinente parmi d'autres, mais sans plus.

Compte tenu des circonstances, la Commission a conclu que la marque de l'intimée n'était pas susceptible de créer de la confusion avec l'une des marques BARBIE de Mattel aux dates pertinentes. La Commission a rejeté l'opposition et fait droit à l'enregistrement.

B. *Cour fédérale (le juge Rouleau)*, [2004] A.C.F. n° 436 (QL), 2004 CF 361

Le juge des requêtes a fait remarquer que « [c]e n'est pas parce que la marque [BARBIE de Mattel] était célèbre qu'il fallait automatiquement présumer qu'il y aurait confusion » (par. 40). Il a estimé que le critère applicable était celui de la probabilité

a mark "could not act as a marketing trump card such that the other factors are thereby obliterated" (para. 40). All of the relevant factors listed in s. 6(5) of the *Trade-marks Act* had to be evaluated, and "[o]ne of the key factors in this case is the striking difference between the wares" (para. 17). He stated that "confusion is less likely when the wares are significantly different, even when the mark is well known" and that "when the wares are significantly different, this factor must be given considerable weight" (paras. 17-18). In this case, he stated "the nature of the wares, as well as the nature of the business of both parties, could not be more different" (para. 21) and "there is nothing about these restaurants that is suggestive of toys, dolls or childhood" (para. 20).

raisonnable de confusion et que la notoriété de la marque « ne saurait constituer un atout de commercialisation propre à éliminer complètement les autres facteurs » (par. 40). Il était nécessaire d'évaluer tous les facteurs énumérés au par. 6(5) de la *Loi sur les marques de commerce*, et « [l]'un des facteurs clés en l'espèce est la différence frappante entre les marchandises » (par. 17). Il a ajouté que « la confusion est moins probable lorsque les marchandises sont sensiblement différentes, même lorsque la marque est bien connue » et que « lorsqu'elles sont sensiblement différentes, il faut accorder une importance considérable à ce facteur » (par. 17-18). En l'occurrence, il a dit « [i]l y a donc une différence on ne peut plus significative entre le genre de marchandises ainsi que la nature du commerce des deux parties » (par. 21) et « rien dans ces restaurants n'évoque les jouets, les poupées ou le monde de l'enfance » (par. 20).

The applications judge rejected Mattel's application to introduce fresh evidence in the form of a survey proffered to show the likelihood of confusion between the marks because in his view the survey "ha[d] some blatant and determinative shortcomings that undermine[d] its relevance considerably" (para. 27). The result was that the survey could not be used to establish the existence of a real likelihood of confusion. It only served to show that Mattel's BARBIE trade-marks were indeed famous. There was no evidence of any concrete case of confusion despite the co-existence of the marks in the Montreal area for 10 years. In the result, the applications judge dismissed the appeal.

19 Le juge des requêtes a rejeté la requête de Mattel visant à produire un nouvel élément de preuve, soit un sondage destiné à démontrer la probabilité de confusion entre les marques, estimant que le sondage « comporte des lacunes flagrantes et déterminantes qui nuisent considérablement à sa pertinence » (par. 27). Le sondage n'a donc pas pu être utilisé pour établir l'existence d'une probabilité réelle de confusion. Il n'a servi qu'à démontrer que la marque de commerce BARBIE de Mattel était effectivement célèbre. Aucune preuve d'un quelconque cas de confusion n'a été établie malgré dix ans de coexistence entre les marques dans la région de Montréal. Le juge des requêtes a donc rejeté l'appel.

C. *Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Pelletier JJ.A.)* (2005), 329 N.R. 259, 2005 FCA 13

C. *Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Pelletier)*, [2005] A.C.F. nº 64 (QL), 2005 CAF 13

The appellate court concluded that no error had been committed by the applications judge in rejecting the survey evidence because of the way the survey firm had framed its questions. At best, the survey results might be probative of a *possibility* of confusion, which falls short of the threshold of a reasonable *likelihood* of confusion. In the result,

20 La Cour d'appel a conclu que le juge des requêtes n'avait commis aucune erreur en rejetant la preuve par sondage à cause de la façon dont la maison de sondages avait formulé les questions. Les résultats du sondage auraient pu tout au plus démontrer l'existence d'une *possibilité* de confusion, ce qui n'est pas suffisant pour satisfaire à la norme de la

the conclusion of the applications judge was agreed with. The appeal was dismissed.

IV. Analysis

21 Trade-marks are something of an anomaly in intellectual property law. Unlike the patent owner or the copyright owner, the owner of a trade-mark is not required to provide the public with some novel benefit in exchange for the monopoly. Here, the trade-mark is not even an invented word like "Kodak" or "Kleenex". The appellant has merely appropriated a common child's diminutive for Barbara. By contrast, a patentee must invent something new and useful. To obtain copyright, a person must add some expressive work to the human repertoire. In each case, the public through Parliament has decided it is worth encouraging such inventions and fostering new expression in exchange for a statutory monopoly (i.e. preventing anyone else from practising the invention or exploiting the copyrighted expression without permission). The trade-mark owner, by contrast, may simply have used a common name as its "mark" to differentiate its wares from those of its competitors. Its claim to monopoly rests not on conferring a benefit on the public in the sense of patents or copyrights but on serving an important public interest in assuring consumers that they are buying from the source from whom they think they are buying and receiving the quality which they associate with that particular trade-mark. Trade-marks thus operate as a kind of shortcut to get consumers to where they want to go, and in that way perform a key function in a market economy. Trade-mark law rests on principles of fair dealing. It is sometimes said to hold the balance between free competition and fair competition.

probabilité raisonnable de confusion. En définitive, la cour a confirmé la conclusion du juge des requêtes. L'appel a été rejeté.

IV. Analyse

Les marques de commerce constituent en quelque sorte une anomalie du droit de la propriété intellectuelle. Contrairement au titulaire de brevet ou au titulaire du droit d'auteur, le propriétaire d'une marque de commerce n'est pas tenu de faire bénéficier le public d'une innovation pour jouir en retour d'un monopole. En l'espèce, la marque de commerce n'est même pas un mot inventé comme le sont « Kodak » ou « Kleenex ». L'appelante s'est simplement approprié le diminutif utilisé couramment pour les enfants prénommées Barbara. En revanche, le titulaire d'un brevet doit inventer quelque chose de nouveau et d'utile. Et quiconque souhaite obtenir un droit d'auteur doit enrichir le répertoire humain d'une œuvre expressive. Dans les deux cas, le public a décidé, par la voix du législateur, qu'il convenait d'encourager ces inventions et de faciliter ces nouvelles expressions par l'octroi d'un monopole protégé par la loi (c.-à-d. en empêchant quiconque d'exploiter sans autorisation l'invention ou l'expression protégée par le droit d'auteur). Par contre, le propriétaire de la marque de commerce peut simplement avoir utilisé un nom courant comme « marque » pour distinguer ses marchandises de celles de ses concurrents. Sa prétention à un monopole ne repose pas sur le fait qu'il confère un avantage au public, comme en matière de brevet ou de droit d'auteur, mais sur le fait qu'il sert un intérêt important du public en garantissant aux consommateurs que la source de laquelle ils achètent est bien celle qu'ils croient et qu'ils obtiennent la qualité qu'ils associent à cette marque de commerce en particulier. Les marques de commerce font donc en quelque sorte office de raccourci qui dirige les consommateurs vers leur objectif et, en ce sens, elles jouent un rôle essentiel dans une économie de marché. Le droit des marques de commerce repose sur les principes de l'équité dans les activités commerciales. On dit parfois qu'il sert à maintenir l'équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence.

Fairness, of course, requires consideration of the interest of the public and other merchants and the benefits of open competition as well as the interest of the trade-mark owner in protecting its investment in the mark. Care must be taken not to create a zone of exclusivity and protection that overshoots the purpose of trade-mark law. As Professor David Vaver observes:

> On the one hand, well-known mark owners say that people should not reap where they have not sown, that bad faith should be punished, that people who sidle up to their well-known marks are guilty of dishonest commercial practice. These vituperations lead nowhere. One might as well say that the well-known mark owner is reaping where it has not sown when it stops a trader in a geographic or market field remote from the owner's fields from using the same or a similar mark uncompetitively.

(D. Vaver, "Unconventional and Well-known Trade Marks", [2005] *Sing. J.L.S.* 1, at p. 16)

The purpose of trade-marks is to create and symbolize linkages. As mentioned, s. 2 of the *Trade-marks Act* defines "trade-mark" to mean

> (*a*) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others . . . .

To the same effect is art. 15 of the World Trade Organization's *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299, which defines "trade-mark" in part as

> [a]ny sign, or any combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings . . . .

As the Court put it in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, [2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65,

22 L'équité exige bien sûr qu'on tienne compte des intérêts du public et des autres commerçants, des avantages d'une concurrence ouverte ainsi que du droit qu'a le propriétaire de la marque de commerce de protéger son investissement dans la marque. Il faut prendre soin de ne pas créer une zone d'exclusivité et de protection qui aille au-delà de l'objet du droit des marques de commerce. Comme le fait observer le professeur David Vaver :

> [TRADUCTION] D'un côté, les propriétaires de marques de commerce notoires affirment que ceux qui n'ont pas semé ne devraient pas récolter, que la mauvaise foi devrait être sanctionnée, que manœuvrer subrepticement pour profiter de la notoriété de leurs marques de commerce constitue une pratique commerciale malhonnête. Ces doléances ne mènent nulle part. On pourrait tout aussi bien dire que le propriétaire d'une marque de commerce notoire récolte ce qu'il n'a pas semé lorsqu'il empêche un commerçant d'utiliser la même marque ou une marque semblable, sans lui faire concurrence, dans une région géographique ou dans un marché éloignés de ceux qu'il exploite.

(D. Vaver, « Unconventional and Well-known Trade Marks », [2005] *Sing. J.L.S.* 1, p. 16)

23 L'objet des marques de commerce est de créer des liens et de les représenter par un symbole. Comme nous l'avons vu, l'art. 2 de la *Loi sur les marques de commerce* définit ainsi l'expression « marque de commerce » :

> *a*) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres . . .

L'article 15 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* de l'Organisation mondiale du commerce, 1869 R.T.N.U. 332, va dans le même sens dans sa définition de « marque de commerce », dont voici un extrait :

> Tout signe, ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises . . .

24 Ainsi que la Cour l'a formulé dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC

a trade-mark is "a symbol of a connection between a source of a product and the product itself" (*per* LeBel J., at para. 39). If, as the Board found, it is not likely that even casual consumers will make a connection between the source of BARBIE dolls and the respondent's restaurants, then the appellant's marks have received the protection to which the law entitles them.

25 The onus remained throughout on the respondent to establish the *absence* of likelihood, but the Board was only required to deal with potential sources of confusion that, in the Board's view, have about them an air of reality.

26 The appellant's aggressive defence of trade-mark protection is, of course, understandable. It not only seeks to exploit the BARBIE "brand equity" it has worked to establish but, like all trade-mark owners, is required by law to protect its trade-marks from piracy or risk having such marks lose their distinctiveness, and, potentially their legal protection: *Aladdin Industries, Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1974] S.C.R. 845; *Breck's Sporting Goods Co. v. Magder*, [1976] 1 S.C.R. 527.

27 At common law, the appellant's recourse would have been to commence an action for "passing off" with its roots in the law of deceit. There is a good deal of that flavour about the appellant's complaint. In its factum, it says the respondent offered "no credible explanation" for choosing the Barbie name for its restaurants which "arouses suspicion" and should be seen as "an attempt to trade on the goodwill and reputation of the famous trade-mark". In an action for passing off, it would have been necessary for the appellant to show that the respondent restauranteur intentionally or negligently misled consumers into believing its restaurant services originated with the appellant and that the appellant thereby suffered damage (*Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583, at p. 601; *Kirkbi*, at para. 68). Quite apart from the issue of damages, the disparity between dolls

65, la marque de commerce « devient un symbole du rapport entre la source d'un produit et le produit lui-même » (le juge LeBel, par. 39). Si, comme l'a conclu la Commission, même les consommateurs occasionnels ne sont pas susceptibles d'établir un lien entre la source des poupées BARBIE et les restaurants de l'intimée, alors les marques de l'appelante ont reçu la protection à laquelle elles ont droit.

C'est à l'intimée qu'incombait pendant tout le processus le fardeau de prouver l'*absence* de probabilité, mais la Commission n'était tenue d'examiner que les sources possibles de confusion qu'elle estimait vraisemblables.

Il est bien sûr compréhensible que l'appelante défende vigoureusement la protection accordée à sa marque. Non seulement l'appelante cherche à exploiter le « capital-marque » BARBIE qu'elle s'est employée à établir, mais à l'instar de tous les propriétaires de marques de commerce, elle doit, comme la loi l'y oblige, protéger ses marques de commerce contre le piratage ou contre le risque que celles-ci perdent leur caractère distinctif et, éventuellement, leur protection légale : *Aladdin Industries, Inc. c. Canadian Thermos Products Ltd.*, [1974] R.C.S. 845; *Breck's Sporting Goods Co. c. Magder*, [1976] 1 R.C.S. 527.

En common law, l'appelante aurait dû intenter une action pour « commercialisation trompeuse », qui tire ses origines du droit en matière de dol et avec laquelle la plainte de l'appelante a beaucoup en commun. Dans son mémoire, elle affirme que l'intimée n'a offert [TRADUCTION] « aucune explication crédible » quant au choix du nom Barbie pour ses restaurants, ce qui « éveille des soupçons » et devrait être considéré comme « une tentative de tirer profit de l'achalandage et de la réputation de la célèbre marque de commerce ». Dans une action pour commercialisation trompeuse, l'appelante aurait eu le fardeau de démontrer, d'une part, que le restaurateur intimé a induit les consommateurs en erreur, intentionnellement ou par négligence, en les amenant à croire que c'était l'appelante qui était à l'origine de ses services de restaurant et, d'autre part, qu'elle avait de ce fait subi un

and restaurant services would have posed, in the context of a passing-off action, an uphill battle and the appellant has not even tried to climb it.

Under the *Trade-marks Act*, however, the appellant's protected commercial space is not so limited. It relies in particular on the 1953 amendments and the antecedent *Report of the Trade Mark Law Revision Committee* (January 20, 1953) chaired by the redoubtable Dr. Harold G. Fox, Q.C. ("Fox Report"). The appellant contends that "[t]he scope of protection of famous marks in Canada was an important justification for the enactment by Parliament and proclamation" of the amendment and notes the following passage in the Fox Report:

> Some trade marks are so well known that the use of the same or similar trade marks on any wares of any kind would cause the general purchasing public to believe that the original user and owner of the trade mark was in some way responsible for the wares to which the use of the mark has been extended. [Emphasis added; p. 23.]

Parliament recognized the truth of that statement in 1953 and the subsequent experience of more than 50 years has borne out its wisdom. The problem is to apply the broad principle to particular situations in a way that is fair to all concerned.

In my view, with respect, the appellant's case is based on an overgeneralization. The fact that Parliament has recognized that *some* trade-marks are so well known that use in connection with *any* wares or services *would* generate confusion is not to say that BARBIE has that transcendence. As the Fox Report also stated:

préjudice (*Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583, p. 601; *Kirkbi*, par. 68). Indépendamment de la question du préjudice, dans le contexte d'une action pour commercialisation trompeuse, la différence entre les poupées et les services de restaurant aurait représenté un obstacle, que l'appelante n'a même pas tenté de surmonter.

28 La portée de la protection commerciale dont bénéficie l'appelante sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce* n'est cependant pas aussi limitée. Elle repose en particulier sur les modifications de 1953 et sur le rapport qui les a précédées, à savoir le *Rapport de la Commission de révision de la loi sur les marques de commerce* (20 janvier 1953), commission présidée par le redoutable Harold G. Fox, c.r. (le « rapport Fox »). L'appelante prétend que [TRADUCTION] « [l]a portée de la protection dont jouissent les marques célèbres au Canada était une justification importante de l'adoption et de la mise en vigueur [des modifications] par le Parlement », et elle signale le passage suivant du rapport Fox :

> Certaines marques de commerce sont si bien connues que l'emploi de marques de commerce semblables ou similaires sur une marchandise quelconque porterait le grand public à croire que le premier usager et propriétaire de la marque de commerce était en quelque façon responsable des marchandises auxquelles l'emploi de cette marque avait été étendu. [Je souligne; p. 25.]

En 1953, le Parlement a reconnu la véracité de cet énoncé et, plus de 50 ans plus tard, l'expérience en a confirmé la sagesse. Le problème consiste à appliquer ce principe général à des situations particulières d'une façon qui soit équitable pour tous les intéressés.

29 J'estime, avec égards, que la thèse de l'appelante repose sur une généralisation excessive. Le fait que le Parlement ait reconnu que *certaines* marques de commerce sont si bien connues que leur emploi en liaison avec une marchandise ou un service *quelconque créerait* de la confusion ne signifie pas que la marque BARBIE ait un effet aussi transcendant. Comme le précise le rapport Fox :

In a proper case this [new] ambit of protection can be widened to include the whole of the course of trade or restricted to a field limited by the use which has been made of a trade mark or trade name and the reputation acquired by it. The particular ambit of protection will in the future so far as applies to registration, be a matter for determination, having regard to all the circumstances, by the Registrar in the first instance, and by the Exchequer Court on appeal. [p. 27]

30 No doubt some famous brands possess protean power (it was submitted, for example, the distinctive red and white "*Virgin*" trade-mark has now been used in connection with such a diversity of wares and services that it knows virtually no bounds), but other famous marks are clearly product specific. "*Apple*" is said to be a well-known trade-mark associated in separate markets simultaneously with computers, a record label and automobile glass. The Board's conclusion that BARBIE's fame is limited to dolls and dolls' accessories does not at all mean that BARBIE's aura cannot transcend those products, but whether it is likely to do so or not in the context of opposition proceedings in relation to restaurant, catering and banquet services is a question of fact that depends on "all the surrounding circumstances" (s. 6(5)). Neither the "*Virgin*" nor "*Apple*" situations are before us and I make no pronouncement on either except to note them as illustrations that surfaced in the course of argument.

A. *The Legal Framework*

31 The respondent is not entitled to registration of its trade-mark unless it can demonstrate that use of both trade-marks in the same geographic area will not create the likelihood of confusion, i.e. mistaken inferences in the marketplace. If, on a balance of probabilities, the Board is left in doubt, the application must be rejected.

Quand il y a lieu, la [nouvelle] portée de la protection pourra être étendue de façon à inclure tout le domaine du commerce ou être restreint[e] à un champ d'action limité par l'usage qu'on a fait de la marque de commerce ou nom de commerce, ainsi que par la réputation qu'elle s'est acquise. À l'avenir, la portée particulière de la protection, en ce qui concerne l'enregistrement, sera une question qu'il appartiendra au registraire, en première instance, et à la Cour d'échiquier, dans le cas d'appel, de décider en tenant compte de toutes les circonstances. [p. 29]

Il ne fait aucun doute que certaines marques célèbres possèdent un pouvoir protéiforme (on a prétendu, par exemple, que la marque de commerce distinctive rouge et blanche « *Virgin* » a jusqu'à présent été employée en liaison avec une telle diversité de marchandises et de services qu'elle ne connaît pratiquement aucune limite), alors que d'autres marques célèbres désignent clairement un produit spécifique. On dit de « *Apple* » qu'elle est une marque de commerce très connue associée simultanément, dans des marchés distincts, à des ordinateurs, à une étiquette d'enregistrement et à des glaces d'automobiles. La conclusion de la Commission selon laquelle la notoriété de BARBIE se limite aux poupées et aux accessoires de poupées ne signifie absolument pas que l'aura de BARBIE ne peut transcender ces produits, mais la question de savoir si elle est ou non susceptible de le faire dans le contexte d'une procédure d'opposition relative à des services de restaurant, de traiteur et de banquet est une question de fait qui dépend de « toutes les circonstances de l'espèce » (par. 6(5)). Nous ne sommes saisis ni du cas de « *Virgin* » ni de celui de « *Apple* » et je ne me prononce sur ni l'un ni l'autre, sauf pour signaler qu'ils ont été cités en exemple au cours de l'argumentation.

A. *Le cadre juridique*

L'intimée n'a pas droit à l'enregistrement de sa marque à moins qu'elle puisse démontrer que l'emploi des deux marques dans la même région n'est pas susceptible de créer de la confusion, c.-à-d. qu'elle n'amènera pas le consommateur à tirer des conclusions erronées. Si, selon la prépondérance des probabilités, la Commission a des doutes, la demande doit être rejetée.

B. *Standard of Review*

The Board found the respondent had demonstrated that if granted, its trade-mark would be unlikely to create confusion with that of the appellant. While this is essentially a question of mixed fact and law, the appellant says the Board's consideration was fundamentally flawed by the erroneous interpretation given to s. 6 of the Act by the Federal Court of Appeal in *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534, and *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15 ("*Lexus*").

In choosing the proper standard of review from the available options (correctness, reasonableness, or patent unreasonableness) the Court has regard to the elements of the test set out most recently in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20. These elements have not greatly altered since *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, where Beetz J., speaking for the Court, said at p. 1088:

> . . . the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

I turn then to the elements of the *Dr. Q* test.

(1) Presence or Absence of a Privative Clause or Statutory Right of Appeal

The Act provides for a full right of appeal to a Federal Court judge who is authorized to receive and consider fresh evidence (ss. 56(1) and 56(5)). There is no privative clause. Where fresh evidence is admitted, it may, depending on its nature, put quite a different light on the record that was before the Board, and thus require the applications judge to proceed more by way of a fresh hearing

B. *Norme de contrôle*

32 Selon la Commission, l'intimée a démontré que sa marque de commerce ne serait pas susceptible de créer de la confusion avec celle de l'appelante si sa demande d'enregistrement était accordée. Bien qu'il s'agisse essentiellement d'une question mixte de fait et de droit, l'appelante affirme que l'interprétation erronée attribuée à l'art. 6 de la Loi par la Cour d'appel fédérale dans *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534, et *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15 (« *Lexus* »), a fondamentalement vicié l'examen de la Commission.

33 Pour choisir la norme de contrôle appropriée parmi celles qui s'offrent à elle (la décision correcte, la décision raisonnable ou la décision manifestement déraisonnable), la Cour tient compte des éléments du test récemment énoncé dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, et dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20. Ces éléments ont très peu changé depuis l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, alors que, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a dit ceci, à la p. 1088 :

> . . . la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

34 J'aborde maintenant les éléments du test établi dans l'arrêt *Dr Q*.

(1) La présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel

35 La Loi prévoit un droit absolu d'interjeter appel devant un juge de la Cour fédérale, qui est autorisé à admettre et à examiner de nouveaux éléments de preuve (par. 56(1) et (5)). Elle ne comporte aucune clause privative. Lorsqu'un nouvel élément de preuve est admis, il peut, selon sa nature, apporter un éclairage tout à fait nouveau sur le dossier dont était saisie la Commission et amener ainsi le juge

on an extended record than a simple appeal (*Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)). Section 56 suggests a legislative intent that there be a full reconsideration not only of legal points but also of issues of fact and mixed fact and law, including the likelihood of confusion. See generally *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), at paras. 46-51; *Novopharm Ltd. v. Bayer Inc.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 304 (F.C.A.), at para. 4, and *Garbo Creations Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224 (F.C.T.D.).

(2) The Board's Expertise

36 The determination of the likelihood of confusion requires an expertise that is possessed by the Board (which performs such assessments day in and day out) in greater measure than is typical of judges. This calls for some judicial deference to the Board's determination, as this Court stressed in *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192, at p. 200:

> In my view the Registrar's decision on the question of whether or not a trade mark is confusing should be given great weight and the conclusion of an official whose daily task involves the reaching of conclusions on this and kindred matters under the Act should not be set aside lightly but, as was said by Mr. Justice Thorson, then President of the Exchequer Court, in *Freed and Freed Limited v. The Registrar of Trade Marks et al* [[1951] 2 D.L.R. 7, at p. 13]:
>
> > . . . reliance on the Registrar's decision that two marks are confusingly similar must not go to the extent of relieving the judge hearing an appeal from the Registrar's decision of the responsibility of determining the issue with due regard to the circumstances of the case.

37 What this means in practice is that the decision of the registrar or Board "should not be set aside lightly considering the expertise of those who regularly make such determinations": *McDonald's*

des requêtes à instruire l'affaire comme s'il s'agissait d'une nouvelle audition fondée sur ce dossier élargi plutôt que comme un simple appel (*Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1987] A.C.F. nº 849 (QL) (C.A.)). L'article 56 laisse croire que le législateur voulait qu'il soit procédé à un réexamen complet, non seulement des questions de droit, mais aussi des questions de fait et des questions mixtes de fait et de droit, y compris la probabilité de confusion. Voir en général *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), par. 46-51; *Novopharm Ltd. c. Bayer Inc.*, [2000] A.C.F. nº 1864 (QL) (C.A.F.), par. 4, et *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, [1999] A.C.F. nº 1763 (QL) (1re inst.).

(2) L'expertise de la Commission

La détermination de la probabilité de confusion requiert une expertise que la Commission (qui procède quotidiennement à des évaluations de ce genre) possède dans une plus grande mesure que les juges en général. Il faut donc faire preuve d'une certaine retenue judiciaire à l'égard de la décision de la Commission, comme la Cour l'a souligné dans *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192, p. 200 :

> [TRADUCTION] À mon avis, il faut attribuer beaucoup de poids à la décision du registraire sur la question de savoir si une marque de commerce crée de la confusion et la conclusion d'un fonctionnaire qui, au cours de son travail quotidien, doit rendre des décisions sur ce point et sur d'autres questions connexes en vertu de la Loi ne doit pas être rejetée à la légère, mais comme l'a déclaré le juge Thorson, alors président de la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Freed and Freed Limited c. The Registrar of Trade Marks et al* [[1951] 2 D.L.R. 7, p. 13] :
>
> > . . . le fait de se fonder sur la décision du registraire portant que deux marques se ressemblent au point de créer de la confusion ne doit pas aller jusqu'à décharger le juge qui entend l'appel de cette décision de l'obligation de trancher la question en tenant dûment compte des circonstances de l'espèce.

Cela signifie en pratique que la décision du registraire ou de la Commission [TRADUCTION] « ne devrait pas être annulée à la légère, compte tenu des connaissances spécialisées dont disposent ces

Corp. v. Silcorp Ltd. (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (F.C.T.D.), at p. 210, aff'd (1992), 41 C.P.R. (3d) 67 (F.C.A.). Reception of new evidence, of course, might (depending on its content) undermine the factual substratum of the Board's decision and thus rob the decision of the value of the Board's expertise. However, the power of the applications judge to receive and consider fresh evidence does not, in and of itself, eliminate the Board's expertise as a relevant consideration: *Lamb v. Canadian Reserve Oil & Gas Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 517, at pp. 527-28.

(3) The Purpose of the *Trade-marks Act* and in Particular the Trade-mark Registration Scheme

In *Dr. Q*, the Chief Justice pointed out that "[a] statutory purpose that requires a tribunal to select from a range of remedial choices or administrative responses, is concerned with the protection of the public, engages policy issues, or involves the balancing of multiple sets of interests or considerations will demand greater deference from a reviewing court" (para. 31). An inquiry into the likelihood of the "mistaken inference" does not call for the exercise of discretion. Nor is the Board in this respect making public policy decisions or allocating scarce resources. Essentially, the Board is deciding a *lis* between the parties in a procedure that looks like an informal version of an everyday court case.

(4) Nature of the Question in Dispute

While the appellant frames its argument as a challenge to the correctness of the interpretation given to s. 6 by the Federal Court of Appeal in *Pink Panther* and *Lexus*, I think that in reality, for reasons which I will develop, its challenge is directed to the relative weight to be given to the s. 6(5) enumerated and unenumerated factors. The legal issue is not neatly extricable from its factual context, but calls for an interpretation within the expertise of the Board. In answer to the *Bibeault*

instances décisionnelles » : *McDonald's Corp. c. Silcorp Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 207 (C.F. 1re inst.), p. 210, conf. par [1992] A.C.F. nº 70 (QL) (C.A.). L'admission d'un nouvel élément de preuve pourrait évidemment (selon sa nature) affaiblir le fondement factuel de la décision rendue par la Commission et lui enlever le poids que lui confère l'expertise de la Commission. Toutefois, le pouvoir dont dispose le juge des requêtes d'admettre et d'examiner un nouvel élément de preuve n'empêche pas en soi que l'expertise de la Commission constitue un facteur pertinent : *Lamb c. Canadian Reserve Oil & Gas Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 517, p. 527-528.

(3) L'objet de la *Loi sur les marques de commerce* et, en particulier, du régime d'enregistrement des marques de commerce

38 Dans *Dr Q*, la Juge en chef a signalé qu'« [u]ne loi dont l'objet exige qu'un tribunal choisisse parmi diverses réparations ou mesures administratives, qui concerne la protection du public, qui fait intervenir des questions de politiques ou qui comporte la pondération d'intérêts ou de considérations multiples, exige une plus grande déférence de la part de la cour de révision » (par. 31). Or, l'examen de la probabilité d'une « conclusion erronée » ne fait pas appel à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La Commission ne prend pas non plus ainsi une décision de politique générale d'intérêt public, ni ne répartit des ressources très limitées. Essentiellement, la Commission tranche un litige entre les parties dans le cadre d'une procédure qui s'apparente à une version informelle d'une instance judiciaire courante.

(4) Nature de la question en litige

39 Même si l'appelante formule son argument comme si elle contestait le bien-fondé de l'interprétation attribuée à l'art. 6 par la Cour d'appel fédérale dans *Pink Panther* et dans *Lexus*, j'estime qu'en réalité, pour des motifs que je préciserai, sa contestation porte sur l'importance relative qu'il faut accorder aux facteurs énumérés au par. 6(5) et à ceux qui n'y figurent pas. La question de droit ne peut être clairement isolée de son contexte factuel, mais commande une interprétation qui relève de l'expertise

question ("Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" (p. 1087)), I think the answer is yes, within reasonable limits. See also *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 595; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 43; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 43; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at para. 61.

(5) Conclusion on the Standard of Review

40 Given, in particular, the expertise of the Board, and the "weighing up" nature of the mandate imposed by s. 6 of the Act, I am of the view that despite the grant of a full right of appeal the appropriate standard of review is reasonableness. The Board's discretion does not command the high deference due, for example, to the exercise by a Minister of a discretion, where the standard typically is patent unreasonableness (e.g. *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at para. 157), nor should the Board be held to a standard of correctness, as it would be on the determination of an extricable question of law of general importance (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 26). The intermediate standard (reasonableness) means, as Iacobucci J. pointed out in *Ryan*, at para. 46, that "[a] court will often be forced to accept that a decision is reasonable even if it is unlikely that the court would have reasoned or decided as the tribunal did." The question is whether the Board's decision is supported by reasons that can withstand "a somewhat probing" examination and is not "clearly wrong": *Southam*, at paras. 56 and 60.

41 The foregoing analysis of the proper standard of review is consistent with the jurisprudence

de la Commission. En réponse à la question soulevée dans *Bibeault* (« Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal? » (p. 1087)), je crois que la réponse est oui, dans des limites raisonnables. Voir aussi *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 595; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 43; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 43; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 61.

(5) Conclusion sur la norme de contrôle

Compte tenu, en particulier, de l'expertise de la Commission et du rôle d'« appréciation » que lui impose l'art. 6 de la Loi, je suis d'avis que, malgré l'octroi d'un droit d'appel absolu, la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. Le pouvoir discrétionnaire dont dispose la Commission ne commande pas la grande retenue dont il faut faire preuve, par exemple, à l'égard de l'exercice ministériel d'un pouvoir discrétionnaire, auquel s'applique habituellement la norme du caractère manifestement déraisonnable (p. ex. *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 157), mais la Commission n'est pas tenue non plus de satisfaire à la norme de la décision correcte, comme si elle tranchait une question de droit de portée générale qui peut être isolée (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 26). Comme l'a expliqué le juge Iacobucci dans *Ryan*, par. 46, la norme intermédiaire (celle du caractère raisonnable) signifie qu'« [u]ne cour sera souvent obligée d'accepter qu'une décision est raisonnable même s'il est peu probable qu'elle aurait fait le même raisonnement ou tiré la même conclusion que le tribunal. » La question est de savoir si la décision de la Commission est étayée par des motifs qui peuvent résister « à un examen assez poussé » et si elle n'est pas « manifestement erronée » : *Southam*, par. 56 et 60.

L'analyse qui précède quant à la norme de contrôle applicable est conforme à la jurisprudence

of the Federal Court of Appeal: see in particular *Molson v. Labatt*, *per* Rothstein J.A., at para. 51; *Novopharm*, *per* Strayer J.A., at para. 4; *Polo Ralph Lauren Corp. v. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51, *per* Malone J.A., at para. 13, and Isaac J.A., at para. 10; *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, [2002] 3 F.C. 405, 2002 FCA 29, *per* Décary J.A., at para. 8, and *Purafil, Inc. v. Purafil Canada Ltd.* (2004), 31 C.P.R. (4th) 345, 2004 FC 522, *per* MacKay D.J., at para. 5.

C. *Admission of the Fresh Survey Evidence*

Before the applications judge, the appellant sought to adduce fresh evidence in the form of a survey which purported to show that:

- For 57 percent of the participants, BARBIE dolls came to mind when they saw the Barbie's restaurant logo.
- 36 percent of the participants believed that the company that manufactured BARBIE dolls might have something to do with the logo of Barbie's restaurant.
- 99.3 percent of the participants were familiar with the BARBIE dolls. (Rouleau J., at para. 10)

Until comparatively recently, evidence of public opinion polls was routinely held to be inadmissible because it purports to answer the factual component of the very issue before the Board or court (i.e. the likelihood of confusion), and in its nature it consists of an aggregate of the hearsay opinions of the people surveyed who are not made available for cross-examination, see, e.g., *Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121 (Ex. Ct.); *Paulin Chambers Co. v. Rowntree Co.* (1966), 51 C.P.R. 153 (Ex. Ct.). The more recent practice is to admit evidence of a survey of public opinion, presented through a qualified expert, provided its findings are relevant to the issues and the survey was properly designed and conducted in an impartial manner.

établie par la Cour d'appel fédérale : voir en particulier *Molson c. Labatt*, le juge Rothstein, par. 51; *Novopharm*, le juge Strayer, par. 4; *United States Polo Assn. c. Polo Ralph Lauren Corp.*, [2000] A.C.F. nº 1472 (QL), le juge Malone, par. 13, et le juge Isaac, par. 37; *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, [2002] 3 C.F. 405, 2002 CAF 29, le juge Décary, par. 8, et *Purafil, Inc. c. Purafil Canada Ltd.*, [2004] A.C.F. nº 628 (QL), 2004 CF 522, le juge suppléant MacKay, par. 5.

C. *Admission du sondage comme nouvel élément de preuve*

Devant le juge des requêtes, l'appelante a demandé à présenter un nouvel élément de preuve, à savoir un sondage censé démontrer que 42

- 57 p. 100 des participants ont pensé aux poupées BARBIE lorsqu'ils ont vu le logo du restaurant Barbie's.
- 36 p. 100 des participants croyaient que la société qui fabrique les poupées BARBIE pourrait avoir quelque chose à faire avec le logo du restaurant Barbie's.
- 99,3 p. 100 des participants connaissaient les poupées BARBIE. (Le juge Rouleau, par. 10)

Jusqu'à une époque relativement récente, la preuve par sondage d'opinion était régulièrement jugée inadmissible parce qu'elle vise à répondre au volet factuel de la question précise dont est saisie la Commission ou la cour (c.-à-d., celle de la probabilité de confusion) et que, de par sa nature, il s'agit de ouï-dire puisqu'elle consiste en une compilation des opinions émises par des répondants qu'il est impossible de contre-interroger (voir p. ex. *Building Products Ltd. c. BP Canada Ltd.* (1961), 36 C.P.R. 121 (C. de l'É.); *Paulin Chambers Co. c. Rowntree Co.* (1966), 51 C.P.R. 153 (C. de l'É.)). La pratique observée plus récemment consiste à admettre la preuve par sondage d'opinion présentée par un expert compétent, dans la mesure où ses conclusions sont pertinentes quant aux questions en litige et où le sondage a été bien conçu et effectué avec impartialité. 43

44 The principal attack on the survey evidence in this case rests on relevance. The issue in these opposition proceedings is the *likelihood* of confusion. The survey question ("Do you believe that the company that makes Barbie dolls might have anything to do with the restaurant identified by this sign or logo?" (emphasis added)) addresses the wholly different issue of possibilities. If the survey is not responsive to the point at issue, it is irrelevant and should (as the Federal Court of Appeal held) be excluded on that ground alone.

45 As to the usefulness of the results, assuming they are elicited by a relevant question, courts have more recently been receptive to such evidence, provided the survey is both reliable (in the sense that if the survey were repeated it would likely produce the same results) and valid (in the sense that the right questions have been put to the right pool of respondents in the right way, in the right circumstances to provide the information sought). See *Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.), at p. 9; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 454 (F.C.T.D.); *Walt Disney Productions v. Fantasyland Hotel Inc.* (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 146 (Q.B.). Thus, in *Cartier Inc. v. Cartier Optical Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 68 (F.C.T.D.), the court accepted as helpful a survey found to be properly designed and impartially administered and whose findings were directly relevant to the likelihood of confusion. This was also the case in *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Sunlife Juice Ltd.* (1988), 22 C.P.R. (3d) 244 (Ont. H.C.J.).

46 On the other hand, surveys have been excluded

(i) where the individuals surveyed did not constitute the relevant population, see *Joseph E. Seagram*, at p. 472; *New Balance Athletic Shoes, Inc. v. Matthews* (1992), 45 C.P.R. (3d) 140 (T.M.O.B.); *National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd.* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 27 (S.C.), at para.

En l'occurrence, le principal moyen de contestation de la preuve par sondage touche sa pertinence. La procédure d'opposition porte sur la *probabilité* de confusion. La question posée lors du sondage (« Croyez-vous que la compagnie qui fabrique les poupées Barbie pourrait avoir quelque chose à faire avec le restaurant identifié par cette enseigne ou ce logo? » (je souligne)) porte sur un tout autre point, soit celui des possibilités. Si le sondage ne répond pas à la question qui est en litige, il n'est pas pertinent et devrait être exclu pour ce seul motif (comme l'a décidé la Cour d'appel fédérale).

Quant à l'utilité des résultats, en présumant qu'ils ont été générés par une question pertinente, les tribunaux se sont récemment montrés réceptifs à cette preuve, dans la mesure où le sondage est à la fois fiable (dans le sens où, s'il était repris, on obtiendrait vraisemblablement les mêmes résultats) et valide (à savoir qu'on a posé les bonnes questions au bon bassin de répondants, de la bonne façon et dans des circonstances qui permettent d'obtenir les renseignements recherchés). Voir *Canadian Schenley Distilleries Ltd. c. Canada's Manitoba Distillery Ltd.* (1975), 25 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1re inst.), p. 9; *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Seagram Real Estate Ltd.* (1990), 33 C.P.R. (3d) 454 (C.F. 1re inst.); *Walt Disney Productions c. Fantasyland Hotel Inc.* (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 146 (B.R.). Ainsi, dans *Cartier, Inc. c. Lunettes Cartier Ltée*, [1988] A.C.F. nº 266 (QL) (1re inst.), la cour a reconnu l'utilité d'un sondage qu'elle a estimé bien conçu et impartial et dont les conclusions étaient pertinentes quant à la probabilité de confusion. C'était également le cas dans *Sun Life Assurance Co. of Canada c. Sunlife Juice Ltd.* (1988), 22 C.P.R. (3d) 244 (H.C.J. Ont.).

Par ailleurs, des sondages ont été exclus dans les cas suivants :

(i) les répondants ne représentaient pas la population de référence, voir *Joseph E. Seagram*, p. 472; *New Balance Athletic Shoes, Inc. c. Matthews* (1992), 45 C.P.R. (3d) 140 (C.O.M.C.); *National Hockey League c. Pepsi-Cola Canada Ltd.* (1992), 70 B.C.L.R. (2d) 27 (C.S.), par. 44; *McDonald's Corp. c.*

44; *McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 463 (F.C.T.D.), at p. 475, or only included a subset of the relevant population: *Unitel Communications Inc. v. Bell Canada* (1995), 92 F.T.R. 161, at para. 117;

(ii) where the trade-mark used in the survey was not precisely the trade-mark applied for: *Canada Post Corp. v. Mail Boxes Etc. USA, Inc.* (1996), 77 C.P.R. (3d) 93 (T.M.O.B.);

(iii) where the wrong question is asked, e.g. a survey done for Coca-Cola was excluded on the basis that it was not directed to the issue of confusion but rather to measure public recognition of the word Classic as part of soft drink names: *Coca-Cola Ltd. v. Southland Corp.* (2001), 20 C.P.R. (4th) 537 (T.M.O.B.). See also: *Molson Companies Ltd. v. S.P.A. Birra Peroni Industriale* (1992), 45 C.P.R. (3d) 28 (T.M.O.B.); *Molson Breweries v. Swan Brewery Co.*, [1994] T.M.O.B. No. 253 (QL); *Toys "R" Us (Canada) Ltd. v. Manjel Inc.* (2003), 229 F.T.R. 71, 2003 FCT 283;

(iv) where the survey had not been carried out in an impartial and independent manner: *Unitel Communications*, *per* Gibson J., at para. 120.

In the present case, the appellant retained a reputable and qualified firm to conduct the survey. However, the evidence showed that the persons questioned by the pollsters were merely shown without any context the respondent's Barbie's design logo, subsequently had it removed from their sight, and were then asked a series of questions, some of them suggestive. The key question, which the Federal Court of Appeal found to be irrelevant, was "Do you believe that the company that makes Barbie dolls might have anything to do with the restaurant identified by this sign or logo?" (emphasis added). The Montreal respondents were

Coffee Hut Stores Ltd., [1994] A.C.F. nº 638 (QL) (1re inst.), par. 37, ou ne représentaient qu'un sous-ensemble de la population de référence : *Unitel Communications Inc. c. Bell Canada*, [1995] A.C.F. nº 613 (QL) (1re inst.), par. 116;

(ii) la marque de commerce employée dans le cadre du sondage n'était pas exactement celle qui était visée par la demande d'enregistrement : *Canada Post Corp. c. Mail Boxes Etc. USA, Inc.* (1996), 77 C.P.R. (3d) 93 (C.O.M.C.);

(iii) la question posée n'était pas la bonne, p. ex. un sondage effectué pour le compte de Coca-Cola a été exclu parce qu'il ne portait pas sur la question de la confusion, mais qu'il cherchait à évaluer l'étendue de la reconnaissance publique du mot Classic compris dans des noms de boissons gazeuses : *Coca-Cola Ltd. c. Southland Corp.* (2001), 20 C.P.R. (4th) 537 (C.O.M.C.). Voir aussi : *Molson Companies Ltd. c. S.P.A. Birra Peroni Industriale* (1992), 45 C.P.R. (3d) 28 (C.O.M.C.); *Molson Breweries c. Swan Brewery Co.*, [1994] C.O.M.C. nº 253 (QL); *Toys "R" Us (Canada) Ltd. c. Manjel Inc.*, [2003] A.C.F. nº 398 (QL), 2003 CFPI 283;

(iv) le sondage n'a pas été mené d'une manière impartiale et indépendante : *Unitel Communications*, le juge Gibson, par. 119.

47 En l'espèce, l'appelante a retenu les services d'une firme réputée et compétente pour réaliser le sondage. Toutefois, la preuve a démontré qu'on avait présenté aux personnes interrogées par les sondeurs le logo Barbie's de l'intimée en l'absence de tout contexte, qu'on l'avait subséquemment soustrait à leur vue et qu'on leur avait finalement posé une série de questions, dont certaines étaient suggestives. La question déterminante, que la Cour d'appel fédérale a jugée non pertinente, était : « Croyez-vous que la compagnie qui fabrique les poupées Barbie pourrait avoir quelque chose à faire avec le restaurant identifié par cette enseigne ou ce logo? » (je souligne). La

posed the question in French: "*Croyez-vous que la compagnie qui fabrique les poupées Barbie pourrait avoir quelque chose à faire avec le restaurant identifié par cette enseigne ou ce logo?*" (Emphasis added.)

48 Other alleged shortcomings included:

(i) the lack of information provided to those who responded to the survey;

(ii) the survey *excluded* anyone who was even aware of the respondent's Barbie's restaurants. It is pointed out that such people were part of the relevant universe of individuals in the market for the respondent's services and are therefore *potentially* some of the people who may or may not "likely" be misled by the applied-for trade-mark. The survey need not be limited to such people of course, but nor should they be excluded. A similar objection was sustained in both *McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.* and in the *Fantasyland Hotel* case which referred with approval to *Safeway Stores, Inc. v. Safeway Insurance Co.*, 657 F. Supp. 1307 (M.D. La. 1985), in this respect;

(iii) the survey methodology included questions suggestive of the answers the appellant apparently wanted to hear.

49 The appellant has not made any application to adduce the survey testimony or results as fresh evidence in this Court, and in my view the exclusion of that evidence by the applications judge does not constitute reversible error in light of the broad power given to him under s. 56(5), which provides:

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

question posée en anglais aux répondants de l'extérieur de Montréal était formulée ainsi : « *Do you believe that the company that makes Barbie dolls might have anything to do with the restaurant identified by this sign or logo?* » (Je souligne.)

Parmi les autres lacunes alléguées, mentionnons :

(i) le manque de renseignements fournis aux répondants du sondage;

(ii) le sondage *excluait* quiconque était ne serait-ce qu'au courant de l'existence des restaurants Barbie's de l'intimée. Il est précisé que ces personnes faisaient partie de la population de référence dans le marché visé par les services de l'intimée et qu'elles font donc *potentiellement* partie de celles qui peuvent être, ou non, « susceptibles » d'être induites en erreur par la marque de commerce visée par la demande. Le sondage ne devrait évidemment pas être limité à ces personnes, mais elles ne devraient pas non plus en être exclues. Une objection semblable a été retenue dans *McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.* et dans *Fantasyland Hotel*, qui cite avec approbation *Safeway Stores, Inc. c. Safeway Insurance Co.*, 657 F. Supp. 1307 (M.D. La. 1985), à cet égard;

(iii) la méthode d'enquête incluait des questions qui suggéraient les réponses que l'appelante voulait apparemment entendre.

L'appelante n'a présenté aucune demande en vue de soumettre à la Cour la preuve par sondage ou les résultats de celui-ci à titre de nouvel élément de preuve et j'estime que l'exclusion de cette preuve par le juge des requêtes ne constitue pas une erreur susceptible de révision étant donné le vaste pouvoir que lui confère le par. 56(5), qui prévoit :

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

The use of the word "might" (or "*pourrait*") in the survey question was directed to a mere possibility, rather than a probability, of confusion. The respondents who answered "yes" to this question may merely have believed that it was within the realm of possibility that the appellant had something to do with the restaurant, rather than actually inferring from the trade-marks that it was *likely* that the two trade-marks represented wares or services emanating from the same source. It is relevant if even a limited percentage of the population surveyed is confused, but evidence that a lot of people *might* or *could* possibly make the mistaken inference is not. The other grounds of objection go to the weight rather than to admissibility of the survey evidence and, subject to assessing that weight (or the lack of it), the survey evidence could have been admitted over the respondent's other objections. Lack of relevance, however, was fatal.

L'emploi du mot « pourrait » (ou « *might* ») dans la question posée lors du sondage évoquait une simple possibilité, plutôt qu'une probabilité, de confusion. Ceux qui répondaient « oui » à cette question croyaient peut-être simplement qu'il était possible que l'appelante ait eu quelque chose à faire avec le restaurant, plutôt que de conclure réellement qu'il était *probable* que les deux marques de commerce représentaient des marchandises ou des services émanant de la même source. La preuve est pertinente même si un pourcentage limité de la population interrogée se méprend, mais si elle établit qu'un grand nombre de personnes *pourraient* ou *auraient pu* éventuellement tirer une conclusion erronée, elle ne l'est pas. Les autres moyens d'opposition portaient sur le poids à accorder à la preuve par sondage plutôt que sur son admissibilité et, sous réserve de l'appréciation de sa force probante (ou de son absence de force probante), la preuve par sondage aurait pu être admise malgré les autres moyens d'opposition de l'intimée. Son manque de pertinence était cependant fatal.

At most, the proferred survey indicated that the BARBIE trade-mark is well known. Even without the survey however, the courts below were content to proceed on the basis that BARBIE is a "well known" if not "famous" mark, and I do so as well.

50 Le sondage indiquait tout au plus que la marque de commerce BARBIE est notoire. Or, même sans le sondage, les juridictions inférieures ont accepté de procéder en tenant pour acquis que BARBIE est une marque « très connue » voire « célèbre » ou « renommée », et je ferai de même.

D. *The Statutory Test of "Confusion"*

D. *Le critère de la « confusion » prévu par la loi*

51 Trade-mark confusion is a term defined in s. 6(2) and arises if it is likely in *all* the surrounding circumstances (s. 6(5)) that the prospective purchaser will be led to the mistaken inference

La confusion entre deux marques est définie au par. 6(2) et elle survient si, compte tenu de *toutes* les circonstances de l'espèce (par. 6(5)), l'acheteur éventuel est susceptible d'être amené à conclure à tort

that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class. [Emphasis added.]

que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale. [Je souligne.]

This is not to say the nature of the wares or services is irrelevant. Section 6(5)(*c*) specifically identifies "the nature of the wares, services or business" as a relevant consideration. The point of the underlined

Cela ne signifie pas que le genre de marchandises ou de services n'est pas pertinent. L'alinéa 6(5)*c*) indique expressément que « le genre de marchandises, services ou entreprises » est l'un des facteurs

words in s. 6(2) is simply to lay it down in clear terms that the general class of wares and services, while relevant, is not controlling.

52 It is also relevant that the appellant's mark is symbolic of wares while the respondent's applied-for mark identifies services. It is possible to have confusion between the source of wares and services (*Building Products*) but that distinction, as well, is but one of the surrounding circumstances that may be taken into consideration.

53 The appellant argued that the courts below erred in looking at the respondent's actual operations rather than at the terms set out in its application for the proposed trade-mark. It is quite true that the proper focus is the terms of the application, because what is at issue is what the registration would authorize the respondent to do, not what the respondent happens to be doing at the moment. Still, the appellant itself led a great deal of evidence (as is the practice) about the actual operation of the respondent's restaurants, including many photographs, numerous sample menus and clippings of various advertisements. In these circumstances, it is not surprising that the Board and the applications judge felt it appropriate to comment on the respondent's operation, based largely on the evidence the appellant itself had adduced. That said, I do not think the Board or the courts below were under misapprehension about the nature of the dispute. The terms of the respondent's application ("restaurant services, take-out services, catering and banquet services") were referred to by both the Board and the applications judge, and reading their respective reasons as a whole, I do not think they misapprehended the question before them.

54 Within the "all the surrounding circumstances" test, s. 6(5) of the Act lists five factors to be considered when making a determination as to whether or not a trade-mark is confusing. These are:

pertinents. Les mots soulignés au par. 6(2) visent simplement à établir en termes clairs que la catégorie générale des marchandises et services, bien que pertinente, n'est pas déterminante.

Est aussi pertinent le fait que la marque de l'appelante symbolise des marchandises alors que celle dont l'intimée demande l'enregistrement vise des services. Il est possible qu'il y ait de la confusion entre la source de marchandises et la source de services (*Building Products*), mais cette distinction n'est elle aussi qu'une autre des circonstances qui peuvent être prises en considération.

L'appelante a soutenu que les instances inférieures ont eu tort d'examiner les activités réelles de l'intimée plutôt que les termes figurant dans sa demande d'enregistrement de la marque projetée. Il est vrai qu'il faut s'attacher aux termes employés dans la demande, parce que ce qui est en cause est ce que l'enregistrement permettrait à l'intimée de faire, et non pas ce qu'elle fait actuellement. L'appelante a tout de même présenté de nombreux éléments de preuve (comme le veut la pratique) concernant les activités véritables des restaurants de l'intimée, y compris plusieurs photographies, de nombreux échantillons de menus et des coupures d'annonces variées. Dans les circonstances, il n'est pas surprenant que la Commission et le juge des requêtes aient cru bon de formuler des observations sur les activités de l'intimée, à partir, en grande partie, de la preuve produite par l'appelante elle-même. Cela dit, je ne crois pas que la Commission ou les tribunaux inférieurs aient mal apprécié la nature du litige. Les termes employés par l'intimée dans sa demande ([TRADUCTION] « des services de restaurant, des services de mets à emporter, des services de traiteur et de banquet ») ont été repris par la Commission et le juge des requêtes, et à la lecture de leurs motifs respectifs, considérés dans leur ensemble, je ne crois pas qu'ils aient mal compris la question qui leur était soumise.

Pour l'application du critère de « toutes les circonstances de l'espèce », le par. 6(5) de la Loi énumère cinq facteurs à prendre en compte pour décider si une marque de commerce crée ou non

"(*a*) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known; (*b*) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use; (*c*) the nature of the wares, services or business; (*d*) the nature of the trade; and (*e*) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them". The list of circumstances is not exhaustive and different circumstances will be given different weight in a context-specific assessment. See *Gainers Inc. v. Marchildon* (1996), 66 C.P.R. (3d) 308 (F.C.T.D.). In opposition proceedings, as stated, the onus is on the applicant (here the respondent) to show on a balance of probabilities that there is no likelihood of confusion.

de la confusion. Ce sont : « *a*) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus; *b*) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage; *c*) le genre de marchandises, services ou entreprises; *d*) la nature du commerce; *e*) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent ». Cette liste n'est pas exhaustive et un poids différent sera accordé à différents facteurs selon le contexte. Voir *Gainers Inc. c. Marchildon*, [1996] A.C.F. nº 297 (QL) (1re inst.). Comme je l'ai déjà dit, dans le cadre d'une procédure d'opposition, c'est au requérant (en l'occurrence l'intimée) qu'incombe le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'aucune confusion n'est susceptible de survenir.

Evidence of actual confusion would be a relevant "surrounding circumstance" but is not necessary (*Christian Dior*, at para. 19) even where trade-marks are shown to have operated in the same market area for ten years: *Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 3 (F.C.A.). Nevertheless, as discussed below, an adverse inference *may* be drawn from the lack of such evidence in circumstances where it would readily be available if the allegation of likely confusion was justified.

55 La preuve d'une confusion réelle serait une « circonstance de l'espèce » pertinente, mais elle n'est pas nécessaire (*Christian Dior*, par. 19), même s'il est démontré que les marques de commerce ont été exploitées dans la même région pendant dix ans : *Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.*, [1987] A.C.F. nº 1123 (QL) (C.A.). Comme nous le verrons plus loin, une conclusion défavorable *peut* toutefois être tirée de l'absence d'une telle preuve dans le cas où elle pourrait facilement être obtenue si l'allégation de probabilité de confusion était justifiée.

(1) The Casual Consumer Somewhat in a Hurry

What, then, is the perspective from which the likelihood of a "mistaken inference" is to be measured? It is not that of the careful and diligent purchaser. Nor, on the other hand, is it the "moron in a hurry" so beloved by elements of the passing-off bar: *Morning Star Co-Operative Society Ltd. v. Express Newspapers Ltd.*, [1979] F.S.R. 113 (Ch. D.), at p. 117. It is rather a mythical consumer who stands somewhere in between, dubbed in a 1927 Ontario decision of Meredith C.J. as the "ordinary hurried purchasers": *Klotz v. Corson* (1927), 33 O.W.N. 12 (Sup. Ct.), at p. 13. See also *Barsalou v.*

(1) Le consommateur occasionnel plutôt pressé

56 Quel point de vue faut-il alors adopter pour apprécier la probabilité d'une « conclusion erronée »? Ce n'est pas celui de l'acheteur prudent et diligent. Ni, par ailleurs, celui du « crétin pressé », si cher à certains avocats qui plaident en matière de commercialisation trompeuse : *Morning Star Co-Operative Society Ltd. c. Express Newspapers Ltd.*, [1979] F.S.R. 113 (Ch. D.), p. 117. C'est plutôt celui du consommateur mythique se situant quelque part entre ces deux extrêmes, surnommé [TRADUCTION] « l'acheteur ordinaire pressé » par le juge en chef Meredith dans une décision ontarienne de 1927 :

Darling (1882), 9 S.C.R. 677, at p. 693. In *Delisle Foods Ltd. v. Anna Beth Holdings Ltd.* (1992), 45 C.P.R. (3d) 535 (T.M.O.B.), the Registrar stated at pp. 538-39:

When assessing the issue of confusion, the trade marks at issue must be considered from the point of view of the average hurried consumer having an imperfect recollection of the opponent's mark who might encounter the trade mark of the applicant in association with the applicant's wares in the market-place.

And see *American Cyanamid Co. v. Record Chemical Co.*, [1972] F.C. 1271 (T.D.), at p. 1276, aff'd (1973), 14 C.P.R. (2d) 127 (F.C.A.). As Cattanach J. explained in *Canadian Schenley Distilleries*, at p. 5:

That does not mean a rash, careless or unobservant purchaser on the one hand, nor on the other does it mean a person of higher education, one possessed of expert qualifications. It is the probability of the average person endowed with average intelligence acting with ordinary caution being deceived that is the criterion and to measure that probability of confusion the Registrar of Trade Marks or the Judge must assess the normal attitudes and reactions of such persons.

57 Having repeated that, I fully agree with Linden J.A. in *Pink Panther* that in assessing the likelihood of confusion in the marketplace "we owe the average consumer a certain amount of credit" (para. 54). A similar idea was expressed in *Michelin & Cie v. Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 260 (F.C.T.D.), at p. 263:

. . . one must not proceed on the assumption that the prospective customers or members of the public generally are completely devoid of intelligence or of normal powers of recollection or are totally unaware or uninformed as to what goes on around them.

58 A consumer does not of course approach every purchasing decision with the same attention, or lack of it. When buying a car or a refrigerator, more care will naturally be taken than when buying a doll or a mid-priced meal: *General Motors Corp. v. Bellows*, [1949] S.C.R. 678. In the case of buying ordinary run-of-the-mill consumer wares and services, this mythical consumer, though of average

Klotz c. Corson (1927), 33 O.W.N. 12 (C.S.), p. 13. Voir aussi *Barsalou c. Darling* (1882), 9 R.C.S. 677, p. 693. Dans *Aliments Delisle Ltée c. Anna Beth Holdings Ltd.*, [1992] C.O.M.C. nº 466 (QL), le registraire a dit :

Pour évaluer la question de la confusion, il faut examiner les marques de commerce du point de vue du consommateur moyen pressé, ayant une réminiscence imparfaite de la marque de l'opposante, qui pourrait tomber sur la marque de commerce de la requérante utilisée sur le marché en liaison avec ses marchandises.

Voir aussi *American Cyanamid Co. c. Record Chemical Co.*, [1972] C.F. 1271 (1re inst.), p. 1276, conf. par (1973), 14 C.P.R. (2d) 127 (C.A.F.). Comme l'a expliqué le juge Cattanach dans *Canadian Schenley Distilleries*, p. 5 :

Il ne s'agit pas de l'acheteur impulsif, négligent ou distrait ni de la personne très instruite ni d'un expert. On cherche à savoir si une personne moyenne, d'intelligence ordinaire, agissant avec la prudence normale peut être trompée. Le registraire des marques de commerce ou le juge doit évaluer les attitudes et les réactions normales de telles personnes afin de mesurer la possibilité de confusion.

Cela dit, je souscris entièrement à l'opinion formulée par le juge Linden dans *Pink Panther* selon qui, dans l'appréciation de la probabilité de confusion sur le marché, « il faut accorder une certaine confiance au consommateur moyen » (par. 54). Une idée semblable a été exprimée dans *Michelin & Cie c. Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd.* (1982), 69 C.P.R. (2d) 260 (C.F. 1re inst.), p. 263 :

. . . on ne doit pas procéder en partant du principe que les clients éventuels ou les membres du public en général sont complètement dénués d'intelligence ou de mémoire, ou sont totalement inconscients ou mal informés au sujet de ce qui se passe autour d'eux.

De toute évidence, le consommateur ne prend pas chacune de ses décisions d'achat avec la même attention, ou absence d'attention. Il prend naturellement plus de précautions s'il achète une voiture ou un réfrigérateur, que s'il achète une poupée ou un repas à prix moyen : *General Motors Corp. c. Bellows*, [1949] R.C.S. 678. Dans le cas de l'achat de marchandises ou de services

intelligence, is generally running behind schedule and has more money to spend than time to pay a lot of attention to details. In appropriate markets, such a person is assumed to be functionally bilingual: *Four Seasons Hotels Ltd. v. Four Seasons Television Network Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 139 (T.M.O.B.). To those mythical consumers, the existence of trade-marks or brands make shopping decisions faster and easier. The law recognizes that at the time the new trade-mark catches their eye, they will have only a general and not very precise recollection of the earlier trade-mark, famous though it may be or, as stated in *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.*, [1942] 2 D.L.R. 657 (P.C.), "as it would be remembered by persons possessed of an average memory with its usual imperfections" (p. 661). The standard is not that of people "who never notice anything" but of persons who take no more than "ordinary care to observe that which is staring them in the face": *Coombe v. Mendit Ld.* (1913), 30 R.P.C. 709 (Ch. D.), at p. 717. However, if ordinary casual consumers somewhat in a hurry are likely to be deceived about the origin of the wares or services, then the statutory test is met.

ordinaires de consommation courante, ce consommateur mythique, quoique d'intelligence moyenne, est généralement en retard sur son horaire et a plus d'argent à dépenser que de temps à perdre à se soucier des détails. Dans certains marchés, il conviendra de présumer le bilinguisme fonctionnel de cette personne : *Four Seasons Hotels Ltd. c. Four Seasons Television Network Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 139 (C.O.M.C.). Pour ces consommateurs mythiques, l'existence des marques de commerce ou des noms commerciaux accélère et facilite les décisions d'achat. Le droit reconnaît que, lorsque la nouvelle marque de commerce accroche leur regard, ils n'ont qu'un souvenir général et assez vague de la marque antérieure, aussi célèbre soit-elle ou, ainsi qu'il est dit dans *Coca-Cola Co. of Canada Ltd. c. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.*, [1942] 2 D.L.R. 657 (C.P.), ils s'en souviennent comme le ferait [TRADUCTION] « une personne dont la mémoire n'est ni bonne ni mauvaise, avec ses imperfections habituelles » (p. 661). La norme applicable n'est pas celle des personnes [TRADUCTION] « qui ne remarquent jamais rien », mais celle des personnes qui ne prêtent rien de plus qu'une [TRADUCTION] « attention ordinaire à ce qui leur saute aux yeux » : *Coombe c. Mendit Ld.* (1913), 30 R.P.C. 709 (Ch. D.), p. 717. Or, si ces consommateurs occasionnels ordinaires plutôt pressés sont susceptibles de se méprendre sur l'origine des marchandises ou des services, le critère prévu par la loi est rempli.

(2) Did *Pink Panther* Skew the Test?

(2) L'arrêt *Pink Panther* a-t-il faussé ce critère?

59 The argument for the appellant is that in the case of a famous mark like BARBIE the words in s. 6(2) "whether or not the wares or services are of the same general class" take on added significance. *Pink Panther*, it is said, laid undue weight on the similarity or dissimilarity of the wares and services. Modern commerce is driven to a significant extent by famous brands. The Virgin conglomerate, appellant's counsel argues, has diversified from records to airlines to insurance to superstores. The marketing strategy predicts that very different services will benefit from cross-selling. The message is that the people who can fly you cheaply across the

L'appelante allègue que, dans le cas d'une marque célèbre comme BARBIE, les termes « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale » au par. 6(2) ont une importance accrue. *Pink Panther*, affirme-t-elle, a accordé un poids indu à la ressemblance ou à la dissemblance entre les marchandises et les services. Le commerce moderne est mené dans une large mesure par les marques célèbres. Selon l'avocat de l'appelante, le conglomérat Virgin a diversifié ses activités, passant des disques au transport aérien, puis aux assurances et aux magasins à grande surface. Sa stratégie commerciale prévoit que des

Atlantic can probably get you a good deal on your house insurance. The same, he suggests, is true of BARBIE.

60 The appellant is correct that, following introduction of the 1953 amendment, "famous brands" received a significantly broader ambit of protection. In some cases, the courts emphasized that a significant dissimilarity in wares or services was no longer fatal. Thus, in *Carson v. Reynolds*, [1980] 2 F.C. 685 (T.D.), it was held that the use of the mark "*Here's Johnny*" for portable trailers, outhouses and lavatory facilities would likely suggest to a "significant number of people in Canada" (p. 690), a connection with Johnny Carson and the Tonight Show. In *John Walker & Sons Ltd. v. Steinman* (1965), 44 C.P.R. 58, the Registrar of the Trade Marks refused an application for the mark "*Johnny Walker*" for sporting equipment over a prior registration of the mark "*Johnnie Walker*" for whisky. In *James Burrough Ltd. v. Reckitt & Colman (Canada) Ltd.* (1967), 53 C.P.R. 276 (Reg. T.M.), the owner of the mark "*Beefeaters*" for gin defeated an application to trade-mark "*Beefeater*" for sauce mixes, Yorkshire pudding mixes, spices and condiments. In *Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 511 (F.C.T.D.), aff'd (1988), 19 C.P.R. (3d) 331 (F.C.A.), the Federal Court, Trial Division rejected an application to register a mark consisting of the word "leaf" in a maple leaf for bubble gum because of the likelihood of confusion with the Toronto Maple Leafs, the judge holding that "I am convinced that a young person seeing bubble gum packaged in a wrapper which bore as its principal identifying mark the appellant's LEAF & Design would be misled into thinking that the product was associated with the Toronto Maple Leafs hockey club and would confuse the appellant's mark and design with those of the respondent" (p. 521). In *Danjaq, S.A. v. Zervas* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295 (F.C.T.D.), the court refused to allow a pizza shop to register the trade-marks "*007*", "*007 Pizza & Subs and*

services très différents bénéficieront de la vente croisée. Son message est le suivant : Ceux qui peuvent vous faire traverser l'Atlantique à bon prix peuvent probablement vous offrir des conditions avantageuses pour votre assurance-habitation. L'avocat de l'appelante laisse entendre que cela vaut aussi pour BARBIE.

L'appelante a raison de dire qu'après l'entrée en vigueur de la modification de 1953, les « marques célèbres » ont bénéficié d'une protection beaucoup plus étendue. Dans certains cas, les tribunaux judiciaires ont précisé qu'une dissemblance importante entre les marchandises ou les services n'était plus fatale. Ainsi, dans *Carson c. Reynolds*, [1980] 2 C.F. 685 (1re inst.), la cour a statué que l'emploi de la marque « *Here's Johnny* » en liaison avec des remorques d'aisance, des toilettes extérieures démontables et des cabinets de toilette laisserait supposer, pour « beaucoup de gens [. . .] au Canada » (p. 690), un rapport avec Johnny Carson et le *Tonight Show*. Dans *John Walker & Sons Ltd. c. Steinman* (1965), 44 C.P.R. 58, le registraire des marques de commerce a refusé une demande visant l'enregistrement de la marque « *Johnny Walker* » en liaison avec de l'équipement de sport à cause de l'enregistrement préalable de la marque « *Johnnie Walker* » en liaison avec du whisky. Dans *James Burrough Ltd. c. Reckitt & Colman (Canada) Ltd.* (1967), 53 C.P.R. 276 (Reg. M.C.), le propriétaire de la marque « *Beefeaters* » employée en liaison avec du gin s'est opposé avec succès à une demande visant l'enregistrement de la marque « *Beefeater* » en liaison avec des mélanges à sauce, des mélanges pour pudding Yorkshire, des épices et des condiments. Dans *Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.*, [1986] A.C.F. nº 766 (1re inst.), conf. par [1988] A.C.F. nº 176 (QL) (C.A.), la Cour fédérale, Section de première instance, a rejeté une demande visant à enregistrer comme marque le mot « *leaf* » imprimé sur une feuille d'érable en liaison avec de la gomme à claquer, à cause de la probabilité de confusion avec le club de hockey Toronto Maple Leafs. Le juge a conclu : « Je suis convaincu qu'en voyant de la gomme à claquer vendue dans un emballage dont la principale marque d'identification est la marque et le dessin LEAF de l'appelante,

Design" and "*007 Submarine and Design*" because of the likelihood it would lead to confusion with the respondent's trade-mark related to the famous and irresistible James Bond.

un jeune sera induit en erreur et croira que le produit est lié au club de hockey Toronto Maple Leafs et qu'il confondra la marque et le dessin de l'appelante avec ceux de l'intimée ». Dans *Danjaq Inc. c. Zervas*, [1997] A.C.F. nº 1036 (QL) (1re inst.), le tribunal a refusé à une pizzeria le droit d'enregistrer les marques « *007* », « *007 Pizza & Subs et dessin* » et « *007 Submarine et dessin* » parce qu'elles étaient susceptibles de créer de la confusion avec la marque de commerce de l'intimée liée au célèbre et irrésistible James Bond.

According to the appellant, the continuity of this line of cases was interrupted by *Pink Panther* which the appellant says wrongly limited the scope of protection available to a famous mark to cases where there is a "connection" or "similarity" between the wares or services associated with the famous mark and the wares or services of "the newcomer". The appellant criticizes particularly the following passages of the *Pink Panther* decision (factum, at para. 66):

61 Selon l'appelante, l'arrêt *Pink Panther* a rompu ce courant jurisprudentiel, en limitant à tort la portée de la protection offerte à une marque célèbre aux cas où il existe un « lien » ou une « ressemblance » entre les marchandises ou les services associés à la marque célèbre et les marchandises ou services du « nouveau venu ». L'appelante critique en particulier les extraits suivants de la décision *Pink Panther* (mémoire, par. 66) :

The wide scope of protection afforded by the fame of the appellant's mark only becomes relevant when applying it to a *connection* between the applicant's and the opponent's trade and services. No matter how famous a mark is, it cannot be used to create a *connection* that does not exist.

La protection accrue que confère la notoriété de la marque de l'appelante ne devient pertinente que lorsqu'on l'applique à un *lien* entre les commerces et services du requérant et ceux de l'opposante. Quelle que soit la notoriété de la marque, elle ne peut servir à créer un *lien* qui n'existe pas.

. . .

. . . in each case a connection or similarity in the products or services was found. Where no such *connection* is established, it is very difficult to justify the extension of property rights into areas of commerce that do not remotely affect the trade-mark holder. Only in exceptional circumstances, if ever, should this be the case.

Dans chacune d'elles, la marque célèbre l'a emporté, mais chaque fois, on a conclu à l'existence d'un lien ou d'une similarité entre les produits ou les services. Faute d'établir un tel *lien*, il est très difficile de justifier toute extension des droits de propriété aux domaines du commerce qui ne touchent que de loin le titulaire de la marque de commerce. Si tel devait être le cas, ce ne sera que dans des circonstances exceptionnelles.

. . .

. . .

What the Trial Judge did not give sufficient weight to is that, not only were the wares in each case completely disparate, but there is no *connection* whatsoever between them. As I stated earlier, where no such *connection* exists a finding of confusion will be rare. [Emphasis added by appellant; paras. 44, 46 and 51.]

L'élément sur lequel il n'a pas suffisamment insisté est que non seulement les marchandises sont totalement différentes dans chaque cas, mais qu'en outre il n'existe aucune sorte de *lien* entre elles. Je le répète, lorsqu'un tel *lien* n'existe pas, on pourra rarement conclure à la confusion. [Souligné par l'appelante; par. 44, 46 et 51.]

In *Pink Panther*, a majority of the Federal Court of Appeal allowed the registration of "*Pink*

62 Dans *Pink Panther*, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont fait droit à

Panther" as a trade-mark for a line of hair care and beauty product supplies over the opposition of an existing trade-mark holder which had produced a very successful series of films of the same name starring Peter Sellers as Inspector Clouseau. McDonald J.A., dissenting, complained that "it is precisely because of the fame and goodwill associated with the name 'The Pink Panther' that the appellant has chosen that name for its business" (para. 58). However, his objection was rejected by the majority, which observed at para. 50:

> . . . the issue to be decided is not how famous the mark is, but whether there is a likelihood of confusion in the mind of the average consumer between United Artists' mark and the one proposed by the appellant with respect to the goods and services specified. That question must be answered in the negative. There is no likelihood of confusion as to the source of the products. The key factor here is the gaping divergence in the nature of the wares and in the nature of the trade. It is not a fissure but a chasm.

63 After referring to a number of cases where the famous trade-mark prevailed, Linden J.A. stated that

> in each case a connection or similarity in the products or services was found. Where no such connection is established, it is very difficult to justify the extension of property rights into areas of commerce that do not remotely affect the trade-mark holder. Only in exceptional circumstances, if ever, should this be the case. [para. 46]

I agree with the appellant that the "exceptional circumstances, if ever" test puts the bar too high and may be seen as an attempt to impose rigidity where none exists. If the result of the use of the new mark would be to introduce confusion into the marketplace, it should not be accepted for registration "whether or not the wares or services are of the same general class" (s. 6(2)). The relevant point about famous marks is that fame *is* capable of carrying the mark across product lines where lesser marks would be circumscribed to their traditional

l'enregistrement de la marque de commerce « *Pink Panther* » en liaison avec une gamme de produits de beauté et de soins capillaires malgré l'opposition du titulaire d'une marque de commerce existante, qui avait produit une série de films à grand succès du même nom mettant en vedette Peter Sellers dans le rôle de l'inspecteur Clouseau. Le juge McDonald, dissident, a fait valoir que « c'est précisément en raison de la notoriété et du renom associés au nom "Pink Panther" que l'appelante l'a choisi pour son entreprise » (par. 58). Son objection a toutefois été écartée par les juges majoritaires, lesquels ont fait remarquer ceci, au par. 50 :

> . . . il ne s'agit pas de savoir à quel point la marque est célèbre, mais de déterminer s'il existe un risque de confusion, dans l'esprit du consommateur moyen entre la marque de United Artists et la marque que l'appelante projette d'employer en liaison avec des biens et services déterminés. Il faut répondre à cette question par la négative. Il n'existe pas de probabilité de confusion quant à la source des produits. Le facteur décisif en l'espèce est l'énorme différence qui sépare le genre de marchandises et la nature du commerce. Ce n'est pas un fossé, c'est un abîme.

Après avoir cité un certain nombre d'affaires dans lesquelles la marque de commerce célèbre l'avait emporté, le juge Linden a poursuivi :

> . . . chaque fois, on a conclu à l'existence d'un lien ou d'une similarité entre les produits ou les services. Faute d'établir un tel lien, il est très difficile de justifier toute extension des droits de propriété aux domaines du commerce qui ne touchent que de loin le titulaire de la marque de commerce. Si tel devait être le cas, ce ne sera que dans des circonstances exceptionnelles. [par. 46]

Je conviens avec l'appelante que, « [s]i tel devait être le cas », le critère des « circonstances exceptionnelles » place la barre trop haut et peut être vu comme une tentative d'imposer une certaine rigidité alors qu'il n'en existe pas. Dans le cas où l'emploi de la nouvelle marque aurait pour effet de créer de la confusion sur le marché, son enregistrement devrait être refusé, « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale » (par. 6(2)). Ce qu'il importe de dire au sujet des marques célèbres, c'est que la notoriété de la

wares or services. The correct test is that which Linden J.A. earlier stated at para. 33:

> The totality of the circumstances will dictate how each consideration should be treated.

The appellant argues that the rigidity of the *Pink Panther* approach was repeated in *Lexus*. In that case, the applicant sought to register the mark "*Lexus*" in association with canned foods and canned fruit juice. Toyota argued this would likely cause confusion with its mark "*Lexus*" in association with automobiles. Linden J.A. stated, at paras. 7 and 9:

> The use of the phrase "whether or not the wares or services are of the same general class" as used in subsections 6(2), 6(3) and 6(4) does not mean that the nature of the wares is irrelevant in determining confusion; they suggest only that confusion *may* be generated with goods that are not in the "same general class", but still have some resemblance or linkage to the wares in question.
>
> . . .
>
> Famousness alone does not protect a trade-mark absolutely. It is merely a factor that must be weighed in connection with all the rest of the factors. If the fame of a name could prevent any other use of it, the fundamental concept of a trade-mark being granted in relation to certain wares would be rendered meaningless. [Underlining added.]

I believe Linden J.A. misspoke to the extent he suggested that, for confusion to occur, there must be "some resemblance or linkage to the wares in question", i.e. to the wares for which registration of a trade-mark is sought. Resemblance is clearly not a requirement under s. 6. On the contrary, the point of the legislative addition of the words "whether or not the wares or services are of the same general class" conveyed Parliament's intent that not only need there be no "resemblance" to the specific wares or services, but the wares or services

marque *peut* passer d'une gamme de produits à une autre alors qu'une marque moins connue serait limitée à ses marchandises ou services traditionnels. Le critère qu'il convient d'appliquer est celui exposé précédemment par le juge Linden, au par. 33 :

> C'est l'ensemble des circonstances qui déterminera le poids à accorder à chacun de ces éléments.

64 L'appelante soutient qu'une approche aussi rigide que celle adoptée dans *Pink Panther* a été retenue dans *Lexus*. Dans cette affaire, la requérante a demandé l'enregistrement de la marque « *Lexus* » en liaison avec des aliments et des jus en conserve. Toyota a soutenu que cet enregistrement serait susceptible de créer de la confusion avec sa marque « *Lexus* » employée en liaison avec des automobiles. Le juge Linden a dit ceci, aux par. 7 et 9 :

> L'emploi de la phrase « que ces marchandises ou [ces] services soient ou non de la même catégorie générale », apparaissant aux paragraphes 6(2), (3) et (4), ne signifie pas que la nature des marchandises n'est pas pertinente pour déterminer s'il y a confusion; cette phrase donne uniquement à penser que la confusion *peut* être engendrée par des biens qui ne sont pas de « la même catégorie générale », mais qui ont une certaine ressemblance ou un certain lien avec les marchandises en question.
>
> . . .
>
> La célébrité à elle seule ne protège pas une marque de commerce de façon absolue. Il s'agit simplement d'un facteur qui doit être apprécié en liaison avec tous les autres facteurs. Si la célébrité d'un nom pouvait empêcher toute autre utilisation de ce nom, le concept fondamental de l'octroi d'une marque de commerce en liaison avec certaines marchandises perdrait toute sa signification. [Je souligne.]

65 Je crois que le juge Linden s'est mal exprimé dans la mesure où il suggère que, pour qu'il y ait confusion, il faut « une certaine ressemblance ou un certain lien avec les marchandises en question », c.-à-d. avec les marchandises visées par la demande d'enregistrement. La ressemblance n'est manifestement pas une exigence prévue à l'art. 6. Au contraire, en ajoutant à la loi les termes « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale », le législateur a exprimé son intention, non seulement de ne pas

marketed by the opponent under *its* mark and the wares or services marketed by the applicant under *its* applied-for mark need not even be of the same *general* class.

66 The International Trademark Association, which intervened in the *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 S.C.R. 824, 2006 SCC 23 appeal, heard concurrently, said with respect to the *Pink Panther* and *Lexus* decisions that the Court of Appeal "made the same error in both cases of requiring a connection between the wares and services when the real issue in a s. 6 analysis is consumer confusion" (factum, at para. 30).

67 I agree with the appellant and the intervener that the issue in s. 6 is consumer confusion (or, in other words, the likelihood of a mistaken inference), but I do not agree that in their dispositive passages (as opposed to stray *dicta*) *Pink Panther* or *Lexus* departed from the totality of the circumstances test. What Linden J.A. actually held in *Pink Panther* was that

> [t]he fact that the opponent's mark was world-renowned could not be a factor so important as to make the differences in wares and services irrelevant.
>
> . . .
>
> . . . I do not see how the fame of the mark acts as a marketing trump card such that the other factors are thereby obliterated. [Emphasis added; paras. 45 and 52.]

68 In *Lexus*, Linden J.A. stated:

> In conclusion, taking into account all the factors listed in subsection 6(5), I am of the view that the Trial Judge erred and that the Registrar was correct when he decided that the appellant met the onus of proof

exiger une « ressemblance » avec les marchandises et services particuliers en cause, mais encore de ne pas exiger que les marchandises ou services commercialisés par l'opposante en liaison avec *sa* marque et les marchandises ou services commercialisés par la requérante en liaison avec la marque visée par *sa* demande appartiennent à la même catégorie *générale*.

L'International Trademark Association, qui est intervenue dans le pourvoi *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, [2006] 1 R.C.S. 824, 2006 CSC 23, entendu en même temps, a dit à propos des décisions *Pink Panther* et *Lexus* que la Cour d'appel [TRADUCTION] « a commis la même erreur dans les deux cas, soit celle d'exiger un lien entre les marchandises et services alors que la véritable question sur laquelle porte l'analyse imposée par l'art. 6 est celle de la confusion chez le consommateur » (mémoire, par. 30).

Je conviens avec l'appelante et l'intervenante que la question soulevée par l'art. 6 est celle de la confusion chez le consommateur (ou, autrement dit, de la probabilité qu'il tire une conclusion erronée), mais je ne crois pas que les motifs déterminants des arrêts *Pink Panther* ou *Lexus* (par opposition aux remarques incidentes dont ils sont parsemés) dérogent au critère de toutes les circonstances. La conclusion du juge Linden dans *Pink Panther* était en fait la suivante :

> La renommée mondiale de la marque de commerce de l'opposante ne pouvait constituer un facteur si important qu'il rende non pertinentes les différences entre les marchandises et les services.
>
> . . .
>
> . . . je ne vois pas comment la notoriété de la marque peut constituer un atout de commercialisation propre à éliminer complètement les autres facteurs. [Je souligne; par. 45 et 52.]

Dans *Lexus*, le juge Linden a dit ceci :

> En conclusion, compte tenu de tous les facteurs énumérés au paragraphe 6(5), je suis d'opinion que le juge de première instance a commis une erreur et que le registraire a eu raison de conclure que l'appelante

resting on it and allowed the registration of the trademark "Lexus" in connection with certain canned foods. [Emphasis added; para. 12.]

s'était acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait et d'accorder l'enregistrement de la marque de commerce « Lexus » en liaison avec certains aliments en conserve. [Je souligne; par. 12.]

In my view, Linden J.A. was disputing what he took to be the argument of the filmmaker and car maker that fame "trumps" all other factors. (It is perhaps of interest that at an earlier date, Toyota had successfully argued in the United States that its Lexus mark *could* co-exist with the Lexis legal database without confusion: see *Mead Data Central, Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc.*, 875 F.2d 1026 (2d Cir. 1989).) *Pink Panther* was thus understood by the applications judge in the present case:

69 À mon avis, le juge Linden a contesté ce qu'il considérait être l'argument invoqué par le cinéaste et le fabricant de voitures, à savoir que la renommée constitue un « atout propre à éliminer » tous les autres facteurs. (Il est peut-être intéressant de souligner que Toyota avait déjà plaidé avec succès aux États-Unis que sa marque Lexus *pouvait* coexister avec la base de données juridiques Lexis sans créer de confusion : voir *Mead Data Central, Inc. c. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc.*, 875 F.2d 1026 (2d Cir. 1989).) Le juge des requêtes en l'espèce a compris ainsi l'arrêt *Pink Panther* :

It cannot be automatically presumed that there will be confusion just because the applicant's mark is famous. Under the circumstances, if we keep in mind that the test to satisfy was the likelihood of confusion (and not the possibility of confusion), the fame of the mark could not act as a marketing trump card such that the other factors are thereby obliterated. [para. 40]

Ce n'est pas parce que la marque de la requérante était célèbre qu'il fallait automatiquement présumer qu'il y aurait confusion. Dans les circonstances, si on garde à l'esprit que le critère [auquel] satisfaire était la probabilité de confusion (et non la possibilité de confusion), la notoriété de la marque ne saurait constituer un atout de commercialisation propre à éliminer complètement les autres facteurs. [par. 40]

70 It may be, as the appellant argues, that "the nature of wares or services should have less weight because the famous mark more likely will lead to the inference that the source of the two is the same" (factum, at para. 70) and ". . . fame itself can and does *create* a connection in the mind of the ordinary consumer who first sees a famous mark in a new context" (factum, at para. 73 (emphasis in original)), but in *Pink Panther*, Linden J.A. clearly said that "[t]he key factor here is the gaping divergence in the nature of the wares and in the nature of the trade" (para. 50 (emphasis added)). The jurisprudence is clear that different factors may be given different weight in different situations. For example, Professor Mostert points out that

Peut-être est-il vrai que, comme le soutient l'appelante, [TRADUCTION] « le genre de marchandises ou services devrait avoir moins de poids parce que la marque célèbre est davantage susceptible de mener à la conclusion que la source des deux [marques] est la même » (mémoire, par. 70) et que [TRADUCTION] « . . . la renommée en soi peut *créer* et *crée en fait* un lien dans l'esprit du consommateur ordinaire qui voit pour la première fois une marque célèbre dans un nouveau contexte » (mémoire, par. 73 (souligné dans l'original)), mais dans *Pink Panther*, le juge Linden a dit clairement que « [l]e facteur décisif en l'espèce est l'énorme différence qui sépare le genre de marchandises et la nature du commerce » (par. 50 (je souligne)). Il ressort clairement de la jurisprudence que l'on peut accorder un poids différent aux différents facteurs dans des situations différentes. Ainsi, le professeur Mostert souligne :

[c]ollectors of engraved, high quality shotguns may, for instance, be few and far between in any given country but the PURDEY mark is undoubtedly exceptionally

[TRADUCTION] Ainsi, les collectionneurs de fusils de chasse gravés de très grande qualité sont peut-être extrêmement peu nombreux dans un pays, quel qu'il

well-known among the circle of such shotgun cognoscenti.

(F. W. Mostert, *Famous and Well-Known Marks: An International Analysis* (1997), at p. 26)

Even so, I doubt that even the *cognoscenti* would think the world famous shotgun specialist is likely associated with the well-known Vancouver purveyor of chocolates, such is the divergence in the type of wares and channels of trade.

71 To the extent Linden J.A. held that the difference in wares or services will *always* be a dominant consideration, I disagree with him, but given the role and function of trade-marks, it will generally be an important consideration. The appellant contends that some of Linden J.A.'s *obiter* statements can be read virtually to require a "resemblance" between the respective wares and services. In that respect, the *obiter* should not be followed.

72 On a more general level, however, it seems to me that it is the appellant, not the Federal Court of Appeal, which seeks to sidestep the "all the surrounding circumstances" test in the case of a famous trade-mark and place fame in the ascendent. I agree with the appellant that a difference in wares or services does not deliver the knockout blow, but nor does the fame of the trade-mark. Each situation must be judged in its full factual context.

73 I acknowledge that the result of *Pink Panther* has been somewhat controversial on the facts. Professors Gervais and Judge, for example, comment that

[g]iven current marketing practices, such as the increasing use of character merchandising on a broader range of goods outside the typical entertainment field, consumers may come to expect (or at least not be surprised) that a single company will be selling disparate products (like shampoo and movies) and the likelihood of

soit, mais à l'intérieur de ce cercle restreint de connaisseurs, la marque PURDEY jouit indubitablement d'une notoriété exceptionnelle.

(F. W. Mostert, *Famous and Well-Known Marks : An International Analysis* (1997), p. 26)

Pourtant, je doute que même ces connaisseurs soient portés à croire que la maison spécialisée en fusils de chasse de renommée mondiale est probablement associée au chocolatier bien connu de Vancouver, tant leurs marchandises et voies de commercialisation sont différentes.

Dans la mesure où le juge Linden a statué que la différence entre les marchandises ou les services constituera *toujours* un facteur dominant, je ne suis pas d'accord avec lui, mais compte tenu du rôle et de la fonction des marques de commerce, il s'agira en général d'une considération importante. L'appelante prétend que certaines des remarques incidentes formulées par le juge Linden peuvent pratiquement être interprétées comme exigeant une « ressemblance » entre les marchandises et services respectifs. À cet égard, ces remarques incidentes ne devraient pas être suivies.

De façon plus générale, il me semble que c'est l'appelante, et non la Cour d'appel fédérale, qui cherche à écarter le critère de « toutes les circonstances de l'espèce » dans le cas d'une marque de commerce célèbre et à accorder prépondérance à la notoriété. Je suis d'accord avec l'appelante qu'une différence entre les marchandises ou les services n'est pas fatale, mais la notoriété de la marque de commerce n'est pas décisive non plus. Il faut juger chaque situation en considérant l'ensemble de son contexte factuel.

Je reconnais que le résultat de l'arrêt *Pink Panther* a été quelque peu controversé au regard des faits. Les professeurs Gervais et Judge, par exemple, font remarquer ceci :

[TRADUCTION] Compte tenu des pratiques commerciales actuelles, comme l'accroissement du recours à des personnages pour la commercialisation d'une vaste gamme de biens qui sortent du domaine du divertissement traditionnel, les consommateurs peuvent en venir à penser qu'une même entreprise vend des produits

confusion when similar marks are used on different products may increase.

(D. Gervais and E. F. Judge, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2005), at p. 212)

Be that as it may, the view is correct that "all of the surrounding circumstances" must be taken into consideration but that, in some cases, some circumstances (such as the difference in wares) will carry greater weight than others.

E. *Applying the Section 6(5) Circumstances to the Facts of This Case*

It follows from the foregoing discussion that, while the fame of the BARBIE brand is a "surrounding circumstance" of importance, the scope of its protection requires consideration of all the circumstances, including the enumerated s. 6(5) factors. The Board found that while the BARBIE trade-mark is indeed famous, its fame in Canada is "in association with dolls and doll accessories", not the other items listed in the appellant's registrations, including coffee, pizza and other food products. Nor, in particular, is its fame likely to generate any confusion in relation to the mark applied for by the respondent as a symbol of "restaurant services, take-out services, catering and banquet services". It is important to keep in mind, as the appellant says, that the issue is not the scope of the respondent's existing business but the scope of protection it seeks by its trade-mark application.

(1) The Inherent Distinctiveness of the Trade-Marks or Trade-Names and the Extent to Which They Have Become Known

"Distinctiveness is of the very essence and is the cardinal requirement of a trade-mark": *Western Clock Co. v. Oris Watch Co.*, [1931] Ex. C.R. 64, *per*

complètement différents (comme du shampoing et des films) — ou du moins à ne pas s'en étonner — et la probabilité de confusion dans le cas où des marques semblables figurent sur des produits différents peut augmenter.

(D. Gervais et E. F. Judge, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2005), p. 212)

Quoi qu'il en soit, le principe portant que « toutes les circonstances de l'espèce » doivent être prises en considération, mais que, dans certains cas, certaines circonstances (comme la différence entre les marchandises) auront plus de poids que d'autres, est bien fondé.

E. *Application des facteurs énumérés au par. 6(5) aux faits de l'espèce*

74 Il découle de l'analyse précédente que, même si la renommée de la marque BARBIE est une « circonstance de l'espèce » importante, l'étendue de sa protection est tributaire de toutes les circonstances, y compris les facteurs énumérés au par. 6(5). La Commission a conclu que la marque de commerce BARBIE est effectivement célèbre, mais que sa renommée au Canada est « en liaison avec des poupées et des accessoires de poupées », et non avec les autres articles énumérés dans les enregistrements de l'appelante, notamment le café, la pizza et les autres produits alimentaires. Plus particulièrement, sa renommée n'est pas susceptible de créer de la confusion avec la marque dont l'enregistrement est demandé par l'intimée pour symboliser « des services de restaurant, des services de mets à emporter, des services de traiteur et de banquet ». Il est important de se rappeler, comme le dit l'appelante, que ce qui est en cause, ce n'est pas l'étendue des activités actuelles de l'intimée, mais l'étendue de la protection qu'elle cherche à obtenir en demandant l'enregistrement de sa marque de commerce.

(1) Le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou des noms commerciaux et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus

75 Le caractère distinctif d'une marque de commerce [TRADUCTION] « est essentiel et constitue une exigence fondamentale » : *Western Clock Co.*

Audette J., at p. 67. The word "Barbie" is an everyday expression not originated by the appellant, and on that account would normally receive less protection "than in the case of an invented or unique or non-descriptive word" (like *Kleenex*), *per* Rand J. in *General Motors*, at p. 691, to which one might add: "No person is entitled to fence in the common of the English or French languages and words of a general nature cannot be appropriated over a wide area": K. Gill and R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 8-56. I accept, as discussed earlier, that BARBIE has now acquired a strong secondary meaning associated with the appellant's doll products, and on that account has achieved considerable distinctiveness. While the mark as registered is just the plain word BARBIE, its use in advertising and packaging is accompanied with distinctive designs and graphics.

76 The mark applied for by the respondent has become somewhat known within the area where both parties' marks are used. Its applied-for trademark is not only the word "Barbie's" but the totality of the effect, including the script in which it is written, and the surrounding design: *Henry K. Wampole & Co. v. Hervay Chemical Co. of Canada*, [1930] S.C.R. 336, and *British Drug Houses, Ltd. v. Battle Pharmaceuticals*, [1944] Ex. C.R. 239. In assessing the issue of confusion, attention should be paid to the differences as well as the similarities in the marks said to be confusing. However, as none of the s. 6(5) circumstances "trump" the others, this is but one consideration to be weighed in the balance of "all the surrounding circumstances".

(2) The Length of Time the Trade-Marks and Trade-Names Have Been in Use

77 Dr. Fox noted that "[l]ength of user is only important in considering the question of fact, whether

c. Oris Watch Co., [1931] R.C. de l'É. 64, le juge Audette, p. 67. Le mot « Barbie » est une expression courante qui n'a pas été créée par l'appelante et qui, pour cette raison, bénéficierait normalement d'une protection moins étendue que la marque [TRADUCTION] « constituée d'un mot inventé, unique ou non-descriptif » (comme *Kleenex*), comme l'a dit le juge Rand dans *General Motors*, p. 691, ce à quoi on pourrait ajouter que [TRADUCTION] « [p]ersonne n'a le droit de s'attribuer l'usage exclusif du vocabulaire général ni de s'approprier des mots courants pour couvrir un domaine étendu » : K. Gill et R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 8-56. Je reconnais, comme nous l'avons vu, que le nom BARBIE possède maintenant un solide sens secondaire associé aux poupées de l'appelante et, pour cette raison, qu'il a acquis un très grand caractère distinctif. Bien que la marque déposée ne comporte que le mot BARBIE, celui-ci est accompagné, dans la publicité et sur les emballages, de dessins et d'éléments graphiques distinctifs.

La marque visée par la demande de l'intimée est devenue passablement connue dans la région où les marques des deux parties sont employées. La marque qu'elle cherche à enregistrer n'est pas seulement le mot « Barbie's » mais l'ensemble de l'effet produit, notamment le type d'écriture employée et le dessin qui l'encadre : *Henry K. Wampole & Co. c. Hervay Chemical Co. of Canada*, [1930] R.C.S. 336, et *British Drug Houses, Ltd. c. Battle Pharmaceuticals*, [1944] R.C. de l'É. 239. Dans l'examen de la question de la confusion, il faut porter attention aux différences ainsi qu'aux ressemblances qui existent entre les marques censées prêter à confusion. Toutefois, puisque aucune des circonstances énumérées au par. 6(5) ne constitue un « atout propre à éliminer » les autres, ce n'est qu'un des facteurs à soupeser parmi « toutes les circonstances de l'espèce ».

(2) La période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage

M. Fox a précisé que la [TRADUCTION] « [p]ériode d'emploi n'est importante que pour trancher une

the trade mark has really and truly become distinctive": H. G. Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3rd ed. 1972), at p. 133. The appellant's marks have been widely publicized since the early 1960s, the respondent's only since 1992. The appellant's mark has deeper roots, and has been much more highly publicized over a much larger geographic area.

(3) The Nature of the Wares, Services or Business

The traditional rule was that "[i]f [a manufacturer] does not carry on a trade in iron, but carries on a trade in linen, and stamps a lion on his linen, another person may stamp a lion on iron": *Ainsworth v. Walmsley* (1866), L.R. 1 Eq. 518, at pp. 524-25. While I agree with Professor McCarthy, quoted earlier, that "a relatively strong mark can leap vast product line differences at a single bound" (§ 11:74), nevertheless it is implicit in Professor McCarthy's statement that the "product line" will generally represent a significant obstacle for even a famous mark to leap over. The doll business and the restaurant business appeal to the different tastes of a largely different clientele. As was found by the Board:

> The nature of the opponent's wares and the applicant's services are quite different. In this regard, the opponent has established that its mark is very well known, if not famous in Canada, in association with dolls and doll accessories. The opponent's target market are children and to some extent adult collectors. By contrast, the applicant is in the restaurant business and its target market are [*sic*] adults. [p. 400]

There is no evidence that adult consumers would consider a doll manufacturer to be a source of good food, still less that the BARBIE trade-mark would be understood to guarantee, as the 1953 Fox Report (at p. 26) put it, "character and quality". The appellant suggests that the BARBIE doll has become part of pop culture, and there is some truth to that, but the meaning is not

question de fait, soit celle de savoir si la marque de commerce est réellement et véritablement devenue distinctive » : H. G. Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3e éd. 1972), p. 133. Les marques de l'appelante ont été largement annoncées depuis le début des années 1960, alors que celle de l'intimée ne l'est que depuis 1992. La marque de l'appelante a des racines plus profondes et elle a bénéficié d'une publicité beaucoup plus importante dans un secteur géographique beaucoup plus étendu.

(3) Le genre de marchandises, services ou entreprises

78 La règle traditionnelle veut que si un fabricant [TRADUCTION] « ne fait pas le commerce du fer, mais de la toile, et imprime un lion sur sa toile, une autre personne pourra graver un lion sur du fer » : *Ainsworth c. Walmsley* (1866), L.R. 1 Eq. 518, p. 524-525. Je conviens avec le professeur McCarthy, cité précédemment, qu'[TRADUCTION] « une marque relativement forte peut franchir d'un seul bond un écart considérable entre deux gammes de produits » (§ 11:74), mais son énoncé implique néanmoins que la « gamme de produits » représente généralement un obstacle important, même pour une marque célèbre. L'entreprise de fabrication de poupées et l'entreprise de restauration s'adressent aux goûts différents d'une clientèle très différente. Comme l'a conclu la Commission :

> Les marchandises de l'opposante et les services de la requérante sont très différents. À cet égard, l'opposante a établi que sa marque est très connue au Canada, pour ne pas dire renommée, en liaison avec des poupées et des accessoires de poupées. Les enfants et, dans une certaine mesure, les adultes collectionneurs constituent le marché cible de l'opposante. La requérante, par contre, exerce ses activités dans la restauration et son marché cible se compose d'adultes. [p. 400]

79 Rien ne prouve que les consommateurs adultes considéreraient un fabricant de poupées comme une source de bonne nourriture, et encore moins que la marque de commerce BARBIE serait vue comme une garantie « du caractère ou de la qualité » des marchandises, pour reprendre les termes du rapport Fox de 1953 (p. 29). L'appelante laisse entendre que la poupée BARBIE est un élément de

necessarily a positive recommendation for all wares and services:

> **Barbie doll** */. . ./ noun Colloquial* a female who is superficially attractive in a conventional way, especially with blue eyes and blonde hair, but who lacks personality.

(*The Macquarie Dictionary* (rev. 3rd ed. 2002), at p. 147)

In that regard the association of the BARBIE doll with food might be taken as a warning of blandness.

80 The appellant points to the broad scope of some of its licences, and the potential growth of BARBIE into new fields of commerce, but as the Fox Report points out,

> there might be many users of the same trade mark with many variations in the quality of the wares or services available under the trade mark with consequent public confusion and deception. [p. 39]

81 The appellant relies on s. 50(1) of the Act which states that provided the trade-mark owner retains direct or indirect control of the character or quality of the wares or services use by the licensee is deemed to have the same effect as use by the owner. Acknowledging this to be so, it is also true that profligate use by the owner alone can destroy the distinctiveness of the mark, and licences granted too widely and unwisely may aggravate its problem. Nevertheless, the recognition in our society that "famous brands" are widely licenced for wares and services not traditionally associated with the mark must be kept in mind as another "surrounding circumstance".

82 The Board did not accept that the BARBIE mark is "famous" or distinctive of anything other than dolls and dolls' accessories. The very specificity of

la culture pop, ce qui comporte une certaine part de vérité, mais cela ne signifie pas qu'elle soit nécessairement une recommandation favorable pour tous les types de marchandises et de services :

> [TRADUCTION] **Poupée Barbie** / [. . .] / *nom familier* Femme aux charmes superficiels classiques, particulièrement aux yeux bleus et aux cheveux blonds, mais sans personnalité.

(*The Macquarie Dictionary* (3e éd. rév. 2002), p. 147)

En ce sens, l'association de la poupée BARBIE avec la nourriture pourrait être interprétée comme une mise en garde contre la fadeur.

L'appelante signale que certaines de ses licences ont une portée étendue et que BARBIE possède un potentiel de croissance dans certains nouveaux secteurs commerciaux, mais comme l'indique le rapport Fox :

> . . . plusieurs personnes pourraient utiliser la même marque de commerce comportant bien des différences dans la qualité des produits ou des services fournis sous cette marque de commerce, ce qui tendrait à tromper le public et à semer la confusion. [p. 43]

L'appelante invoque le par. 50(1) de la Loi selon lequel, si le propriétaire de la marque contrôle directement ou indirectement les caractéristiques ou la qualité des marchandises et services, l'emploi de la marque de commerce par le titulaire de la licence est réputé avoir le même effet que son emploi par le propriétaire. Si cela est vrai, il est aussi vrai qu'un emploi abusif par le propriétaire peut à lui seul détruire le caractère distinctif de la marque, et l'octroi de licences en trop grand nombre et de manière imprudente peut aggraver son problème. Toutefois, le fait établi dans notre société que des « marques célèbres » font l'objet de nombreuses licences pour des marchandises et des services qui ne sont pas traditionnellement associés à la marque est une autre « circonstance de l'espèce » qu'il ne faut pas non plus oublier.

La Commission n'a pas reconnu que la marque BARBIE est « célèbre » ou distinctive à l'égard d'autres marchandises que des poupées et des

BARBIE dolls in the mind of the consumer arguably constrains its capacity for growth. In *Joseph E. Seagram*, the appellant argued that the natural tendency towards corporate diversification would lead the consumer to presume that its alcoholic beverage business was connected with the respondent's real estate business. MacKay J. dismissed this argument, stating at pp. 467-68:

I do not agree with this proposition. In my view, consideration of future events and possibilities of diversification is properly restricted to the potential expansion of existing operations. It should not include speculation as to diversification into entirely new ventures, involving new kinds of wares, services or businesses . . . .

The point, I think, is that the law of trade-marks is based on use. In an earlier era it was not possible to register a "proposed" use. Here, expansion of the BARBIE mark is more than just speculation, but if the BARBIE mark is not famous for anything but dolls and doll accessories in the area where both marks are used and there is no evidence that BARBIE's licensees, whoever they may be, are in the marketplace using the BARBIE mark for "restaurant services, take-out services, catering and banquet services", it is difficult to see the basis on which the mistaken inference is likely to be drawn.

On this point, the Board found that the appellant's

average annual advertising expenditure of $3.5 million, for the years 1990-1995, was dedicated solely to doll and doll accessory items. I do not accept [the appellant's] submissions that there is any real connection between [its] wares and [the respondent's] services. In my view, the connections postulated by the [appellant] are too tenuous to be anything other than theoretical. [Emphasis added; p. 402.]

This assessment is supported by the evidence. The appellant's real complaint is that the Board's

accessoires de poupées. On pourrait prétendre que la spécificité même des poupées BARBIE dans l'esprit du consommateur limite la capacité de croissance de la marque. Dans *Joseph E. Seagram*, l'appelante a soutenu que la tendance générale à la diversification des entreprises amènerait le consommateur à présumer que son entreprise de spiritueux était liée à l'entreprise de courtage immobilier de l'intimée. Le juge MacKay a rejeté cet argument, affirmant, aux p. 467-468 :

Je ne suis pas d'accord avec cet énoncé : selon moi, l'avenir et les possibilités futures de diversification se limitent à l'expansion possible des activités courantes. Il ne faut pas tenir compte des spéculations quant à la diversification de l'entreprise dans des secteurs tout à fait nouveaux, qui supposent de nouvelles marchandises ou entreprises, ou encore de nouveaux services . . .

83 Ce qui importe, selon moi, c'est que le droit de marques de commerce est fondé sur l'emploi. Autrefois, il n'était pas possible d'enregistrer une marque en vue d'un emploi « projeté ». En l'espèce, l'expansion de la marque BARBIE dépasse la simple spéculation, mais si la marque BARBIE n'est célèbre qu'en liaison avec des poupées et des accessoires de poupées dans une région où les deux marques sont employées, et si rien ne prouve que les titulaires d'une licence BARBIE, quels qu'ils soient, emploient sur le marché la marque BARBIE en liaison avec « des services de restaurant, des services de mets à emporter, des services de traiteur et de banquet », il est difficile de voir sur quel fondement la conclusion erronée est susceptible d'être tirée.

84 À ce sujet, la Commission a conclu ce qui suit :

. . . les dépenses publicitaires annuelles d'environ 3,5 millions de dollars [de l'appelante] pour la même période [de 1990 à 1995] ont été entièrement consacrées aux poupées et accessoires de poupées. Contrairement à [l'appelante], je ne pense pas qu'il existe vraiment un lien entre ses marchandises et les services de [l'intimée]. Selon moi, les liens qu'elle allègue sont si ténus qu'on ne peut faire autrement que de les qualifier de théoriques ». [Je souligne; p. 402.]

85 Cette conclusion est étayée par la preuve. En vérité, l'appelante se plaint de ce que l'opinion

negative view on this point was given too much weight in the Board's "weighing up" of "all the surrounding circumstances".

(4) The Nature of the Trade

86 The parties operate in different and distinct channels of trade within which their respective wares and services do not intermingle. In *McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.*, at p. 474, McKeown J. pointed out that even though both parties sold coffee, a specialty coffee store occupies a different market niche than a fast food outlet (aff'd (1996), 68 C.P.R. (3d) 168 (F.C.A.)). The nature and kind of customer who would be likely to buy the respective wares and services has long been considered a relevant circumstance: *General Motors*, at p. 692; Gill and Jolliffe, at pp. 8-38 to 8-40.

87 In the present case, quite apart from the great difference between the appellant's wares and the respondent's services, they occupy different channels of trade and the increased potential for confusion that might arise through intermingling in a single channel of trade does not present a serious problem.

(5) The Degree of Resemblance Between the Trade-Marks or Trade-Names in Appearance or Sound or in the Ideas Suggested by Them

88 Both marks use the name "Barbie" but the respondent's applied-for mark wraps the name in a design, whereas the appellant's mark as registered does not. On the other hand, if the appellant's mark as *used* in packaging and advertising is taken into account, there is a considerable resemblance.

(6) Other Surrounding Circumstances

89 No doubt, as an abstract proposition, the appellant's mark is "famous" whereas the respondent's applied-for mark is not. The question, however, is whether there will likely be (or has been)

défavorable de la Commission sur ce point ait pesé trop lourd dans son « appréciation » de « toutes les circonstances de l'espèce ».

(4) La nature du commerce

Les parties empruntent des voies de commercialisation différentes et distinctes à l'intérieur desquelles leurs marchandises et services ne se chevauchent pas. Dans *McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.*, par. 32, le juge McKeown souligne que, même si les deux parties vendaient du café, le marché qu'occupe une boutique spécialisée dans le café est différent de celui qu'occupe un restaurant-minute (conf. par [1996] A.C.F. nº 774 (QL) (C.A.)). Le genre de clients susceptibles d'acheter les marchandises et services respectifs des parties est considéré depuis longtemps comme une circonstance pertinente : *General Motors*, p. 692; Gill et Jolliffe, p. 8-38 à 8-40.

Dans le présent pourvoi, indépendamment de la grande différence qu'il y a entre eux, les marchandises de l'appelante et les services de l'intimée empruntent des voies de commercialisation différentes et la possibilité accrue de confusion que leur chevauchement à l'intérieur d'une seule voie de commercialisation pourrait entraîner ne pose pas un problème sérieux.

(5) Le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent

Les deux marques emploient le nom « Barbie », mais la marque dont l'intimée demande l'enregistrement est encadrée d'un dessin, ce qui n'est pas le cas de la marque déposée de l'appelante. Par ailleurs, si l'on tient compte de la marque que l'appelante *emploie* sur ses emballages et dans la publicité, il existe une très grande ressemblance entre les deux marques.

(6) Les autres circonstances de l'espèce

Il ne fait aucun doute qu'en principe, la marque de l'appelante est « célèbre » alors que celle dont l'intimée demande l'enregistrement ne l'est pas. Or, la question est de savoir s'il existe une probabilité

confusion in the marketplace where both may operate. In that respect, evidence of actual confusion, though not necessary, would have been helpful (*ConAgra, Inc. v. McCain Foods Ltd.* (2001), 14 C.P.R. (4th) 288, 2001 FCT 963; *Panavision, Inc. v. Matsushita Electric Industrial Co.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 486 (F.C.T.D.), but it was not forthcoming. Décary J.A. commented in *Christian Dior*, at para. 19:

> While the relevant issue is "likelihood of confusion" and not "actual confusion", the lack of "actual confusion" is a factor which the courts have found of significance when determining the "likelihood of confusion". An adverse inference may be drawn when concurrent use on the evidence is extensive, yet no evidence of confusion has been given by the opponent.

I agree. The lack of any evidence of actual confusion (i.e. that prospective consumers are drawing the mistaken inference) is another of the "surrounding circumstances" to be thrown into the hopper: *Pepsi-Cola Co. of Canada, Ltd. v. Coca-Cola Co. of Canada, Ltd.*, [1940] S.C.R. 17, at p. 30; *General Motors Corp. v. Bellows*, [1947] Ex. C.R. 568, at p. 577, aff'd [1949] S.C.R. 678; *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks*, [1950] Ex. C.R. 431; *Monsport Inc. v. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. (3d) 356 (F.C.T.D.), at p. 360; *Multiplicant Inc. v. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372 (F.C.T.D.), at p. 379.

The appellant contended in effect that the respondent was a deliberate free rider who had no reasonable explanation for adopting its trade-mark. The obvious conclusion, argues the appellant, is that the respondent seeks to register a mark which is designed to pirate whatever goodwill it can from the mark of the appellant. It points to a subsequent trade-mark application by the respondent (now abandoned) that included in its design the head and shoulders of a female waitress with a "B" monogram on her blouse. It seems to me there is some justice to this complaint, but the relevant perspective of s. 6(2) of the *Trade-marks Act* is not that of the respondent but rather the perception of the relevant mythical consumer. *Mens rea* is of little relevance to the issue

de confusion (ou s'il y a eu confusion) sur le marché où les deux peuvent exercer leurs activités. À cet égard, la preuve d'une confusion réelle, même si elle n'était pas nécessaire, aurait été utile (*ConAgra, Inc. c. McCain Foods Ltd.*, [2001] A.C.F. nº 1331 (QL), 2001 CFPI 963; *Matsushita Electric Industrial Co. c. Panavision, Inc.*, [1992] A.C.F. nº 19 (QL) (1re inst.), mais elle n'a pas été produite. Le juge Décary a fait remarquer dans *Christian Dior*, par. 19 :

> Bien que la question à laquelle il faut répondre soit celle de savoir s'il existe un « risque de confusion » et non une « confusion effective » ou « des cas concrets de confusion », l'absence de « confusion effective » est un facteur auquel les tribunaux accordent de l'importance lorsqu'ils se prononcent sur le « risque de confusion ». Une inférence négative peut être tirée lorsque la preuve démontre que l'utilisation simultanée des deux marques est significative et que l'opposant n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'une confusion.

Je suis d'accord. L'absence d'une preuve de confusion réelle (c.-à-d. que des consommateurs éventuels tirent la conclusion erronée) est une autre des « circonstances de l'espèce » à mettre dans la balance : *Pepsi-Cola Co. of Canada, Ltd. c. Coca-Cola Co. of Canada, Ltd.*, [1940] R.C.S. 17, p. 30; *General Motors Corp. c. Bellows*, [1947] R.C. de l'É. 568, p. 577, conf. par [1949] R.C.S. 678; *Freed & Freed Ltd. c. Registrar of Trade Marks*, [1950] R.C. de l'É. 431; *Monsport Inc. c. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée*, [1988] A.C.F. nº 1077 (QL) (1re inst.); *Multiplicant Inc. c. Petit Bateau Valton S.A.*, [1994] A.C.F. nº 382 (QL) (1re inst.), par. 26-27.

90 L'appelante prétend en fait que l'intimée agit délibérément en profiteur et n'a aucune explication raisonnable à offrir pour avoir adopté sa marque de commerce. Selon elle, il faut de toute évidence conclure que l'intimée cherche à enregistrer une marque qui lui permette de s'approprier la plus grande part possible de l'achalandage attaché à la marque de l'appelante. Elle attire notre attention sur une demande d'enregistrement déposée subséquemment par l'intimée (aujourd'hui abandonnée) qui incluait dans son dessin la tête et les épaules d'une serveuse arborant le monogramme « B » sur son chemisier. Ce reproche me paraît justifié dans une certaine mesure, mais dans le cadre du par. 6(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, ce n'est pas

of confusion: *Lexus*. It has been established since *Edelsten v. Edelsten* (1863), 1 De G. J. & S. 185, 46 E.R. 72, at pp. 78-79, that a trade-mark is a proprietary right. If, as the appellant says, the respondent's activities have trespassed on the marketing territory fenced off by its BARBIE trade-marks, it would be no defence for the respondent that it did not intend to trespass. Equally, however, if the respondent's activities did not in fact trespass, evidence that it may have wished to do so does not constitute confusion: Fox, at p. 403. Historically, courts have been slow to conclude that a demonstrated piratical intent has failed to achieve its purpose, but in this case no such intent was found as a fact by the Board.

V. Conclusion

91 The Board held that, notwithstanding the fame of the appellant's trade-mark, it was satisfied by the respondent that there was no likelihood of confusion in the marketplace having regard to all the surrounding circumstances. In the absence of fresh evidence to shed further light on the correctness of this conclusion, I would not be prepared to say that in reaching its conclusion the Board was unreasonable.

92 The appeal will therefore be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

93 LeBel J. — I agree that Mattel's appeal should be dismissed. The Trade-marks Opposition Board at the Canadian Intellectual Property Office had to weigh a number of factors in its assessment of the distinctiveness of the two marks. Its decision was entitled to deference, but had to be reasonable. On the facts of this case, as demonstrated by the analysis of the legal and factual issues in the reasons of Binnie J., I agree that the decision of the Board was indeed reasonable ((2002), 23 C.P.R. (4th) 395).

le point de vue de l'intimée qu'il faut adopter, mais plutôt celui du consommateur mythique concerné. L'intention coupable n'est guère pertinente en ce qui concerne la confusion : *Lexus*. Il est établi depuis *Edelsten c. Edelsten* (1863), 1 De G. J. & S. 185, 46 E.R. 72, p. 78-79, que le droit à une marque de commerce est un droit de propriété. Si, comme l'affirme l'appelante, les activités de l'intimée constituent une intrusion sur le territoire commercial protégé par ses marques de commerce BARBIE, il ne servirait à rien que l'intimée invoque en défense qu'elle n'avait pas l'intention de causer pareille intrusion. À l'inverse, si en fait il n'y a pas d'intrusion, la preuve qu'elle ait voulu en causer une n'établit pas qu'il y a confusion : Fox, p. 403. Historiquement, les tribunaux ont hésité à conclure que l'intention établie de pirater n'avait pas atteint son but, mais en l'espèce, la Commission n'a pas constaté l'existence d'une telle intention.

V. Conclusion

La Commission a conclu que, malgré la notoriété de la marque de commerce de l'appelante, l'intimée avait démontré qu'il n'existait pas de probabilité de confusion sur le marché compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce. En l'absence de nouveaux éléments de preuve qui nous éclaireraient davantage sur le bien-fondé de cette conclusion, je ne suis pas prêt à affirmer que la décision de la Commission est déraisonnable.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

Le juge LeBel — Je suis aussi d'avis que l'appel de Mattel devrait être rejeté. La Commission des oppositions des marques de commerce de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada devait soupeser plusieurs facteurs pour évaluer le caractère distinctif des deux marques. Il faut alors faire preuve de retenue envers sa décision, mais celle-ci doit être raisonnable. Au vu des faits de l'espèce, exposés dans l'analyse des questions de droit et de fait effectuée par mon collègue le juge Binnie dans ses motifs, je suis d'accord pour reconnaître que la décision de la Commission était raisonnable ((2002), 23 C.P.R. (4th) 395).

APPENDIX

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13

2. [Definitions] In this Act,

. . .

"confusing", when applied as an adjective to a trade-mark or trade-name, means a trade-mark or trade-name the use of which would cause confusion in the manner and circumstances described in section 6;

. . .

6. (1) [When mark or name confusing] For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) [Idem] The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

. . .

(5) [What to be considered] In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

(*a*) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;

(*b*) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;

ANNEXE

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13

2. [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« créant de la confusion » Relativement à une marque de commerce ou un nom commercial, s'entend au sens de l'article 6.

. . .

6. (1) [Quand une marque ou un nom crée de la confusion] Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) [Idem] L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

. . .

(5) [Éléments d'appréciation] En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris :

a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;

b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;

(*c*) the nature of the wares, services or business;

(*d*) the nature of the trade; and

(*e*) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

7. [Prohibitions] No person shall

. . .

(*b*) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(*c*) pass off other wares or services as and for those ordered and requested;

. . .

20. (1) [Infringement] The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name . . . .

. . .

22. (1) [Depreciation of goodwill] No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

(2) [Action in respect thereof] In any action in respect of a use of a trade-mark contrary to subsection (1), the court may decline to order the recovery of damages or profits and may permit the defendant to continue to sell wares marked with the trade-mark that were in his possession or under his control at the time notice was given to him that the owner of the registered trade-mark complained of the use of the trade-mark.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

c) le genre de marchandises, services ou entreprises;

d) la nature du commerce;

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

7. [Interdictions] Nul ne peut :

. . .

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

. . .

20. (1) [Violation] Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. . .

. . .

22. (1) [Dépréciation de l'achalandage] Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

(2) [Action à cet égard] Dans toute action concernant un emploi contraire au paragraphe (1), le tribunal peut refuser d'ordonner le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et permettre au défendeur de continuer à vendre toutes marchandises revêtues de cette marque de commerce qui étaient en sa possession ou sous son contrôle lorsque avis lui a été donné que le propriétaire de la marque de commerce déposée se plaignait de cet emploi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Desjardins Ducharme, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Desjardins Ducharme, Montréal.

Veuve Clicquot Ponsardin, Maison fondée en 1772 *Appellant*

v.

Boutiques Cliquot Ltée, Mademoiselle Charmante Inc. and 3017320 Canada Inc. *Respondents*

and

International Trademark Association *Intervener*

INDEXED AS: VEUVE CLICQUOT PONSARDIN *v.* BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE

Neutral citation: 2006 SCC 23.

File No.: 30398.

2005: October 18; 2006: June 2.

Present: McLachlin C.J. and Major,* Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Trade-marks — Confusion — Depreciation of goodwill — Owner of well-known VEUVE CLICQUOT trade-mark for wine and champagne seeking to stop small group of women's wear shops from using registered trade-mark CLIQUOT — Whether use of CLIQUOT name in relation to women's clothing store likely to create confusion in marketplace with VEUVE CLICQUOT trade-mark — Whether such use likely to depreciate value of goodwill attaching to VEUVE CLICQUOT trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 20, 22.

Among those with champagne tastes, the brand of Veuve Clicquot Ponsardin is considered among the very best. It has been building its fine reputation with the drinking classes since before the French Revolution. The VEUVE CLICQUOT trade-mark has also appeared

* Major J. took no part in the judgment.

Veuve Clicquot Ponsardin, Maison fondée en 1772 *Appelante*

c.

Boutiques Cliquot Ltée, Mademoiselle Charmante Inc. et 3017320 Canada Inc. *Intimées*

et

International Trademark Association *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : VEUVE CLICQUOT PONSARDIN *c.* BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE

Référence neutre : 2006 CSC 23.

N° du greffe : 30398.

2005 : 18 octobre; 2006 : 2 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major*, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Marques de commerce — Confusion — Dépréciation de l'achalandage — Propriétaire de la marque de commerce VEUVE CLICQUOT bien connue pour le vin et le champagne voulant empêcher un petit groupe de boutiques de vêtements pour dames d'utiliser la marque déposée CLIQUOT — L'utilisation du nom CLIQUOT en liaison avec une boutique de vêtements pour dames est-elle susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Pareille utilisation est-elle susceptible de faire diminuer la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 20, 22.

Pour ceux qui apprécient le champagne, la marque Veuve Clicquot Ponsardin est l'une des meilleures qui soit. Déjà, avant la Révolution française, elle avait commencé à se tailler l'excellente réputation dont elle jouit aujourd'hui dans le domaine des boissons alcoolisées.

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

on a range of promotional items, not offered for sale in Canada, including fashion wares for women and men. It is undoubtedly a famous trade-mark that deserves wide protection not only from free-riders but from those who, without any intention of free-riding, nevertheless use in their own business distinguishing marks that create confusion or depreciate the value of the goodwill attaching to those of the appellant.

The appellant seeks to stop the respondents' group of six women's wear shops in Quebec and eastern Ontario from using the trade-name *Cliquot* and the respondents' own registered trade-marks *Cliquot* and *Cliquot "Un monde à part"*, and to have these trade-marks expunged from the Register. The appellant claims that consumers will likely be confused to the point of thinking that the women's clothing and the champagne originate with the same source, thereby infringing the appellant's registered trade-marks contrary to s. 20 of the *Trade-marks Act*. It further claims that even if the respondents' use is not confusing, that use nevertheless depreciates the value of the goodwill attaching to its mark, contrary to s. 22 of the Act. The Federal Court concluded that the appellant was not entitled to expungement. Taking all the surrounding circumstances into account, the trial judge found there was little, if any, risk of confusion as to source. She also found that the use by the respondents of their registered trade-marks did not reduce the value of the goodwill attaching to the appellant's VEUVE CLICQUOT mark. The Federal Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

The question whether there exists a likelihood of confusion is largely one of fact. Since this is an infringement claim rather than an opposition proceeding, the onus was on the appellant to prove such likelihood on a balance of probabilities. Under s. 6(2) of the *Trade-marks Act*, confusion occurs "if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class." In every case, the factors to be considered when making a determination as to whether a trade-mark is confusing to the somewhat-hurried consumer in "all the surrounding circumstances" include, but are not limited

La marque de commerce VEUVE CLICQUOT a aussi figuré sur une gamme d'articles promotionnels qui ne sont pas offerts en vente au Canada, comprenant des articles pour hommes et femmes. Il s'agit indéniablement d'une marque célèbre qui mérite une protection étendue, non seulement contre les profiteurs, mais également contre ceux qui, sans vouloir en bénéficier sans droit, emploient néanmoins dans leur propre entreprise des marques distinctives qui créent de la confusion ou déprécient l'achalandage attaché à celles de l'appelante.

L'appelante cherche à empêcher les intimées, un groupe de six boutiques de vêtements pour dames situées au Québec et dans l'est ontarien, d'utiliser le nom commercial *Cliquot* et les marques de commerce déposées des intimées *Cliquot* et *Cliquot « Un monde à part »*, et à faire radier l'inscription de ces marques. L'appelante prétend qu'une certaine confusion est susceptible de se produire et d'amener les consommateurs à croire que les vêtements pour dames et le champagne proviennent de la même source, ce qui constituerait une usurpation des marques déposées de l'appelante en contravention de l'art. 20 de la *Loi sur les marques de commerce*. Elle soutient en outre que, si l'emploi des marques par les intimées ne crée pas de confusion, il déprécie néanmoins l'achalandage attaché à ses marques en contravention de l'art. 22 de la Loi. La Cour fédérale a conclu que l'appelante n'avait pas droit à la radiation de l'inscription des marques. En tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, la juge de première instance a conclu que le risque de confusion quant à la source était faible, voire inexistant. Elle a aussi conclu que l'emploi par les intimées de leurs marques de commerce déposées ne dépréciait pas l'achalandage attaché à la marque VEUVE CLICQUOT de l'appelante. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La question de savoir s'il existe une probabilité de confusion est principalement une question de fait. Puisqu'il s'agit d'une action pour usurpation et non d'une procédure d'opposition, c'est à l'appelante qu'il incombait de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la confusion était susceptible de survenir. Selon le par. 6(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, il y a confusion « lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale. » Dans chaque cas, pour

to, those enumerated in s. 6(5) of the Act. The fame of the mark is not, as such, an enumerated circumstance (although it is implicit in three of the enumerated factors, namely inherent distinctiveness, the extent to which a mark has become known, and the length of time that it has been used). The trial judge's finding that VEUVE CLICQUOT is a "famous" mark is of importance in considering "all the surrounding circumstances" because fame presupposes that the mark transcends at least to some extent the wares with which it is normally associated. However, the fact of being famous or well known does not by itself provide absolute protection for a trade-mark. It is one factor which must be assessed together with all the others. [14] [19] [21] [26-27]

Here, having regard to all the surrounding circumstances and the evidence before the trial judge, there is no basis to interfere with her conclusion that there was no likelihood of confusion between the two marks in the relevant markets. The VEUVE CLICQUOT trade-mark, registered in 1899, is distinctive. The respondents' women's wear boutiques are also known in the area in which both trade-marks are used. Their marks, which were introduced in 1995, are not famous. However, the difference between the appellant's luxury champagne and the respondents' mid-priced women's wear is significant. While some trade-marks transcend the wares, services and businesses with which they were originally associated, no witness in this case suggested that the VEUVE CLICQUOT mark would be associated by ordinary consumers with mid-priced women's clothing. The respondents' goods and those of the appellant also move in different channels of trade and distribution. While it was unnecessary to lead evidence of actual confusion, it is nevertheless relevant to note that no such evidence was adduced. The appellant's expert witness did little to suggest a likelihood of confusion; at most, she speculated about possibilities. Having considered all of the surrounding circumstances the trial judge held that ordinary consumers would be unlikely to make any mental link between the marks and the respective wares and services of the parties saying that in her view ". . . it is not likely that a consumer would think the plaintiff was affiliated with the defendants or that the plaintiff had granted a third party a licence to allow it to use the distinctive part of its mark in association with a women's clothing store". The appellant thus

décider si une marque de commerce crée ou non de la confusion dans l'esprit du consommateur plutôt pressé en tenant compte « de toutes les circonstances de l'espèce », il faut considérer notamment les facteurs énumérés au par. 6(5) de la Loi. La célébrité d'une marque n'est pas, comme telle, l'une des circonstances énumérées (même si elle est implicite dans trois d'entre elles, à savoir le caractère distinctif inhérent, la mesure dans laquelle une marque est devenue connue et la période pendant laquelle elle a été en usage). La conclusion de la juge de première instance portant que VEUVE CLICQUOT est une marque « célèbre » est importante pour l'examen de « toutes les circonstances de l'espèce » parce que la célébrité présuppose que la marque transcende, dans une certaine mesure du moins, les marchandises auxquelles elle est normalement associée. Toutefois, à lui seul, le fait qu'une marque de commerce soit célèbre ou bien connue ne la protège pas de façon absolue. Il s'agit d'un facteur qui doit être apprécié en liaison avec tous les autres. [14] [19] [21] [26-27]

En l'occurrence, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et de la preuve soumise à la juge de première instance, rien ne permet de modifier sa conclusion qu'il n'existait pas de probabilité de confusion entre les deux marques sur les marchés en cause. La marque de commerce VEUVE CLICQUOT, enregistrée en 1899, est distinctive. Les boutiques de vêtements pour dames des intimées sont également connues dans la région où les deux marques de commerce sont employées. Leurs marques, qui ont vu le jour en 1995, ne sont pas célèbres. Toutefois, la différence entre le champagne de luxe de l'appelante et les vêtements de gamme intermédiaire pour dames des intimées est considérable. Bien que certaines marques de commerce transcendent les marchandises, services et entreprises auxquels elles étaient associées à l'origine, aucun témoin en l'espèce n'a laissé entendre que les consommateurs ordinaires associeraient la marque VEUVE CLICQUOT à des vêtements de gamme intermédiaire pour dames. Les marchandises des intimées et celles de l'appelante empruntent aussi des voies de commercialisation et de distribution différentes. Même si la preuve de confusion réelle n'était pas nécessaire, il convient de signaler qu'aucune preuve à cet égard n'a été produite. Le témoignage de l'experte de l'appelante ne permet guère de penser qu'il existe une probabilité de confusion; elle a tout au plus avancé des hypothèses. En tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, la juge de première instance a conclu que les consommateurs ordinaires n'étaient pas susceptibles d'établir mentalement un lien entre les marques et les marchandises et services respectifs des parties et que, d'après elle, « [i]l n'est

failed to discharge its onus of proving a likelihood of confusion. [6] [29] [31-37]

With respect to the s. 22 depreciation claim, the appellant says that the fame of the VEUVE CLICQUOT mark for upmarket luxury goods is such that associating the name CLICQUOT (albeit misspelled as *Cliquot*) with a mid-range women's clothing store robs the appellant's mark of some of its lustre, blurring its powerful association with top quality luxury goods, and thereby dilutes the distinctive qualities that attract high-end business. If the champagne mark becomes associated in the public mind with a group of mid-price women's clothing shops, the "brand equity" the appellant has been building in France since the 18th century, and in this country since the 19th century, would be devalued and whittled away. Again, however, the onus of proof to establish the likelihood of such depreciation rested on the appellant. Despite the undoubted fame of its mark, the likelihood of depreciation was for the appellant to prove, not for the respondents to disprove, or for the court to presume. [15]

Section 22 of the *Trade-marks Act* has received surprisingly little judicial attention in the more than half century since its enactment. It seems that where marks are used in a confusing manner the preferred remedy is under s. 20. Equally, where there is no confusion, claimants may have felt it difficult to establish the likelihood of depreciation of goodwill. The two statutory causes of action are conceptually quite different. Under s. 22, a claimant must establish (1) that its registered trade-mark was used by the defendant in connection with wares or services; (2) that its mark is sufficiently well known to have significant goodwill attached to it; (3) that its mark was used in a manner likely to have an effect on that goodwill (linkage); and (4) that the likely effect would be to depreciate the value of its goodwill (damage). Nothing in s. 22 requires a demonstration that use of both marks in the same geographic area would likely lead to confusion. The appellant need only show that the respondents have made use of marks sufficiently similar to VEUVE CLICQUOT to evoke in a relevant universe of consumers a mental association of the two marks that is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to the appellant's mark. Without such a link, connection or mental association in the

pas plausible [. . .] qu'un consommateur croirait que la demanderesse était affiliée avec les défenderesses, ou que la demanderesse a octroyé à un tiers une licence pour lui permettre d'employer la partie distinctive de sa marque en association avec l'exploitation d'une boutique de vêtements pour dames. » L'appelante ne s'est donc pas acquittée de son fardeau de prouver la probabilité de confusion. [6] [29] [31-37]

En ce qui concerne l'action pour dépréciation fondée sur l'art. 22, l'appelante affirme que la célébrité de la marque VEUVE CLICQUOT sur le marché haut de gamme des biens de luxe est telle que l'association du nom CLICQUOT (bien qu'orthographié *Cliquot*) à une boutique de vêtements de gamme intermédiaire pour dames lui fait perdre un peu de son lustre, affaiblit son lien puissant avec les marchandises de luxe et réduit par le fait même les qualités distinctives qui attirent la clientèle haut de gamme. Si, dans l'esprit du public, la marque de champagne devenait associée à un groupe de boutiques de vêtements de gamme intermédiaire pour dames, le « capital-marque » que l'appelante s'est constitué en France depuis le 18^{e} siècle, et au Canada depuis le 19^{e} siècle, s'en trouverait déprécié et érodé. Cependant, le fardeau de démontrer l'existence d'une telle probabilité de dépréciation incombait lui aussi à l'appelante. Malgré l'indubitable renommée de sa marque, il appartenait à l'appelante de prouver la probabilité de dépréciation, et non aux intimées de la réfuter ni au tribunal de la présumer. [15]

Étonnamment, l'art. 22 de la *Loi sur les marques de commerce* n'a guère retenu l'attention des tribunaux judiciaires depuis son adoption, il y a une cinquantaine d'années. Apparemment, lorsque l'emploi de plusieurs marques crée de la confusion, le recours privilégié est celui fondé sur l'art. 20. Par ailleurs, en l'absence de confusion, les demandeurs estiment peut-être difficile d'établir que l'achalandage est susceptible de se déprécier. Les deux causes d'action prévues par la Loi sont très différentes sur le plan conceptuel. Sous le régime de l'art. 22, la demanderesse doit établir que (1) sa marque de commerce déposée a été employée par la défenderesse en liaison avec des marchandises ou services; (2) sa marque est suffisamment connue pour que l'achalandage qui y est attaché soit appréciable; (3) sa marque a été employée d'une manière susceptible d'avoir une incidence sur cet achalandage (c.-à-d. de faire surgir un lien); (4) cette incidence sera probablement la diminution de la valeur de l'achalandage (c.-à-d. un préjudice). Rien dans l'art. 22 n'oblige à démontrer que l'emploi des deux marques dans la même région est susceptible de créer de la confusion. L'appelante n'a qu'à prouver que les intimées ont employé des marques dont la ressemblance avec VEUVE CLICQUOT suffit pour établir, dans

consumer's mind between the respondents' display and the VEUVE CLICQUOT mark, there can be no depreciation of the latter. [38] [46] [49]

Goodwill is not defined in the Act. In ordinary commercial use, it connotes the positive association that attracts customers towards its owner's wares or services rather than those of its competitors. A court required to determine the existence of goodwill capable of depreciation by a "non-confusing" use (as here) will want to consider, amongst other circumstances, the degree of recognition of the mark within the relevant universe of consumers, the volume of sales and the depth of market penetration of products associated with the claimant's mark, the extent and duration of advertising and publicity accorded the claimant's mark, the geographic reach of the claimant's mark, its degree of inherent or acquired distinctiveness, whether products associated with the claimant's mark are confined to a narrow or specialized channel of trade or move in multiple channels, and the extent to which the mark is identified with a particular quality. [50] [54]

In the instant case, the trial judge was correct to reject the s. 22 claim. The appellant did not establish that the respondents had made use of marks sufficiently similar to VEUVE CLICQUOT to evoke in a relevant universe of consumers a mental association of the two marks that is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to the appellant's mark. First, the respondents never used the appellant's registered trade-mark as such. Although the use of a misspelled *Cliquot* would suffice if the casual observer would associate the mark used by the respondents with the mark of the appellant, the trial judge found that a consumer who saw the word *Cliquot* used in the respondents' stores would not make any link or connection to the appellant's mark. The appellant's s. 22 claim thus fails at the first hurdle. Second, while there is clearly considerable goodwill attaching to the VEUVE CLICQUOT mark that extends beyond wine and champagne, if the casual consumer does not associate the marks displayed in the respondents' store with the mark of the venerable champagne maker, there can be no impact on the goodwill attached to VEUVE CLICQUOT. The appellant's mark is famous, but a court cannot assume the issue of linkage or mental association in the appellant's favour or reverse the onus onto the respondents to disprove such linkage. "Likelihood"

l'esprit des consommateurs de la population de référence, un lien entre les deux marques qui est susceptible de déprécier l'achalandage attaché à sa marque. Sans un tel lien, connexion ou association dans l'esprit du consommateur entre la marque affichée par les intimées et la marque VEUVE CLICQUOT, il ne peut y avoir dépréciation de cette dernière. [38] [46] [49]

La Loi ne définit pas l'achalandage. Dans son sens commercial ordinaire, ce terme s'entend de l'association positive qui attire les consommateurs vers les marchandises ou services du propriétaire de la marque plutôt que vers ceux de ses concurrents. Le tribunal appelé à déterminer s'il existe un achalandage susceptible d'être déprécié par un emploi qui ne crée pas de confusion (comme en l'espèce) tiendra compte notamment du degré de reconnaissance de la marque par les consommateurs de la population de référence, du volume des ventes et du degré de pénétration du marché des produits associés à la marque de la demanderesse, de l'étendue et de la durée de la publicité accordée à la marque de la demanderesse, de sa portée géographique, de l'importance de son caractère distinctif inhérent ou acquis, du fait que les produits associés à la marque de la demanderesse soient confinés à une voie de commercialisation restreinte ou spécialisée ou qu'ils empruntent des voies multiples, ainsi que de la mesure dans laquelle les marques sont perçues comme un gage de qualité. [50] [54]

En l'espèce, c'est à bon droit que la juge de première instance a rejeté la demande fondée sur l'art. 22. L'appelante n'a pas établi que les intimées ont employé des marques dont la ressemblance avec VEUVE CLICQUOT suffit pour établir, dans l'esprit des consommateurs de la population de référence, un lien entre les deux marques qui est susceptible de déprécier l'achalandage attaché à sa marque. Premièrement, les intimées n'ont jamais employé les marques de commerce déposées de l'appelante comme telles. L'emploi du mot *Cliquot* mal orthographié serait suffisant si le simple observateur pouvait associer la marque employée par les intimées à celle de l'appelante, mais la juge de première instance a conclu qu'un consommateur, ayant vu le mot *Cliquot* utilisé dans les boutiques des intimées, ne fera aucun lien ou connexion avec la marque de l'appelante. La demande de l'appelante fondée sur l'art. 22 ne satisfait donc pas à la première exigence. Deuxièmement, bien qu'un achalandage considérable soit de toute évidence attaché à la marque VEUVE CLICQUOT, qui va au-delà du vin et du champagne, si le consommateur occasionnel n'associe pas les marques affichées dans les boutiques des intimées avec la marque du vénérable producteur de champagne, il ne peut y avoir d'incidence sur l'achalandage attaché à VEUVE CLICQUOT. La

is a matter of evidence, not speculation, and the appellant's expert witness did not provide much assistance on this point. Accordingly, the appellant failed to establish the third element of the s. 22 test as well. Lastly, there is no evidence of "depreciation". While the parties agreed to an order under Rule 153 of the *Federal Court Rules* relieving them of any need to call evidence as to damages flowing from any infringement alleged in this case (i.e. the s. 20 claim), the essence of liability under s. 22 is precisely the likelihood "of depreciating the value of the goodwill attaching" to the claimant's trade-marks. The extent of any actual depreciation might be left to a reference, but likelihood of depreciation is one of the elements of the cause of action. The reference was designed to deal with the subsequent quantification of s. 20 loss or entitlement, not the necessary conditions precedent to s. 22 liability. [38] [48-49] [55-61] [68-70]

The respondents argued that the 1997 registration of their trade-mark *Cliquot* and *Cliquot "Un monde à part"* is a complete answer to the appellant's claim. However, the appellant put the validity of the registrations in issue and sought their expungement. Had the appellant succeeded in obtaining expungement, no doubt the respondents could have argued that they ought not to be liable to pay compensation attributable to the period during which their own registrations were in effect. However, as the appellants have not succeeded on this appeal, the scope of compensation is not an issue that arises for determination in this case. [16]

Cases Cited

Followed: *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22; **referred to:** *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15; *Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] F.C. 543; *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192; *Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (2003); *Mastercard International Inc. v. Hitachi Credit (UK) Plc*, [2004] EWHC 1623; *Pebble Beach Co. v. Lombard Brands Ltd.*, [2002] S.L.T. 1312, [2002] ScotCS 265;

marque de l'appelante est célèbre, mais une cour ne peut présumer, en faveur de l'appelante, l'établissement d'un lien ou une association mentale, ni faire porter aux intimées le fardeau de prouver l'absence de lien. La « probabilité » est une question de preuve, non de spéculation, et le témoignage de l'experte de l'appelante n'a pas été très utile sur ce point. L'appelante n'a donc pas non plus réussi à établir le troisième élément du critère d'application de l'art. 22. Enfin, la « dépréciation » n'a pas été prouvée. Certes, les parties ont consenti à une ordonnance fondée sur l'art. 153 des *Règles de la Cour fédérale*, les dispensant de présenter des éléments de preuve relativement au recouvrement de dommages-intérêts découlant de toute usurpation alléguée dans la présente affaire (sous le régime de l'art. 20), mais l'essence de la responsabilité découlant de l'art. 22 est précisément la probabilité d'entraîner « la diminution de la valeur de l'achalandage attaché » aux marques de commerce de l'appelante. La mesure de toute dépréciation réelle pourrait faire l'objet d'un renvoi, mais la probabilité de dépréciation est l'un des éléments de la cause d'action. Le renvoi visait l'évaluation de la perte subie ou de la réparation à accorder en application de l'art. 20, et non l'examen des conditions essentielles à une conclusion de responsabilité sous le régime de l'art. 22. [38] [48-49] [55-61] [68-70]

Les intimées soutiennent qu'il leur suffit d'invoquer l'enregistrement, en 1997, de leurs marques de commerce *Cliquot* et *Cliquot « Un monde à part »* pour répondre entièrement à la demande de l'appelante. Or, l'appelante a contesté la validité de ces enregistrements et en demande la radiation. Si l'appelante en avait obtenu la radiation, les intimées auraient assurément pu plaider qu'elles ne devraient pas être tenues de verser une indemnité pour la période pendant laquelle leurs propres inscriptions étaient en vigueur. Toutefois, comme l'appelante n'a pas eu gain de cause dans le pourvoi, il n'y a pas lieu de trancher la question de la portée de l'indemnisation. [16]

Jurisprudence

Arrêt suivi : *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22; **arrêts mentionnés :** *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534; *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15; *Canadian Council of Blue Cross Plans c. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] C.F. 543; *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192; *Moseley c. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (2003); *Mastercard International Inc. c. Hitachi Credit (UK) Plc*, [2004] EWHC 1623; *Pebble Beach Co. c. Lombard Brands Ltd.*, [2002] S.L.T. 1312, [2002] ScotCS 265;

DaimlerChrysler AG v. Alavi, [2001] R.P.C. 42, [2000] EWHC Ch 37; *Baywatch Production Co. v. Home Video Channel*, [1997] F.S.R. 22; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552; *Playboy Enterprises, Inc. v. Welles*, 279 F.3d 796 (2002); *Tiffany & Co. v. Boston Club, Inc.*, 231 F.Supp. 836 (1964); *Polaroid Corp. v. Polaraid, Inc.*, 319 F.2d 830 (1963); *Exxon Corp. v. Exxene Corp.*, 696 F.2d 544 (1982); *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (1979); *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Manns Theatres*, 195 U.S.P.Q. 159 (1976); *Mattel Inc. v. Jcom Inc.*, 48 U.S.P.Q.2d 1467 (1998); *Toys "R" Us Inc. v. Akkaoui*, 40 U.S.P.Q.2d 1836 (1996); *Anheuser-Busch Inc. v. Andy's Sportswear Inc.*, 40 U.S.P.Q.2d 1542 (1996).

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rule 153.
Federal Trademark Dilution Act of 1995, H.R. Rep. No. 104-374 (1995), reprinted in 1995 U.S.C.C.A.N. 1029.
Lanham Trade-Mark Act, 15 U.S.C.A. §§ 1051 *et seq.*
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 2 "confusing", 4(1), (2), 6(1), (2), (5), 7, 18, 19, 20, 22, 53.2.
Trade Marks Act 1994 (U.K.), 1994, c. 26, arts. 5, 10.
Trademark Dilution Revision Act of 2006, H.R. 683, 109th Cong. (2006).

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25, cmts. *b*, *e*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1995.
Canada. *Report of the Trade Mark Law Revision Committee*, by Harold G. Fox, Chairman. Ottawa: Queen's Printer, 1953.
Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1956.
Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972.
Gervais, Daniel, and Elizabeth F. Judge. *Intellectual Property: The Law in Canada*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.
Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2005, release 2).
International Trademark Association. *The Protection of Well-Known Marks In the European Union, Canada*

DaimlerChrysler AG c. Alavi, [2001] R.P.C. 42, [2000] EWHC Ch 37; *Baywatch Production Co. c. Home Video Channel*, [1997] F.S.R. 22; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 552; *Playboy Enterprises, Inc. c. Welles*, 279 F.3d 796 (2002); *Tiffany & Co. c. Boston Club, Inc.*, 231 F.Supp. 836 (1964); *Polaroid Corp. c. Polaraid, Inc.*, 319 F.2d 830 (1963); *Exxon Corp. c. Exxene Corp.*, 696 F.2d 544 (1982); *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. c. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (1979); *Edgar Rice Burroughs, Inc. c. Manns Theatres*, 195 U.S.P.Q. 159 (1976); *Mattel Inc. c. Jcom Inc.*, 48 U.S.P.Q.2d 1467 (1998); *Toys "R" Us Inc. c. Akkaoui*, 40 U.S.P.Q.2d 1836 (1996); *Anheuser-Busch Inc. c. Andy's Sportswear Inc.*, 40 U.S.P.Q.2d 1542 (1996).

Lois et règlements cités

Federal Trademark Dilution Act of 1995, H.R. Rep. No. 104-374 (1995), reproduite dans 1995 U.S.C.C.A.N. 1029.
Lanham Trade-Mark Act, 15 U.S.C.A. § 1051 et suiv.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 2 « créant de la confusion », 4(1), (2), 6(1), (2), (5), 7, 18, 19, 20, 22, 53.2.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 153.
Trade Marks Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 26, art. 5, 10.
Trademark Dilution Revision Act of 2006, H.R. 683, 109th Cong. (2006).

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25, cmts. *b*, *e*. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 1995.
Canada. *Rapport de la Commission de révision de la loi sur les marques de commerce*, par Harold G. Fox, président. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1953.
Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, vol. 1, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1956.
Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1972.
Gervais, Daniel, and Elizabeth F. Judge. *Intellectual Property : The Law in Canada*. Toronto : Thomson/Carswell, 2005.
Gill, Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2005, release 2).
International Trademark Association. *The Protection of Well-Known Marks In the European Union, Canada*

and the Middle East: A Country and Regional Analysis. New York: INTA, October 2004.

Lindley & Banks on Partnership, 18th ed., by R.C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 2002.

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4, 4th ed. Deerfield, Ill.: Thomson/West, 1996 (loose-leaf updated December 2005, release 36).

Mostert, Frederick W. *Famous and Well-Known Marks: An International Analysis*. London: Butterworths, 1997.

New Shorter Oxford English Dictionary, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "depreciate".

Robinson, Christopher. "The Canadian Trade Marks Act of 1954 — A Review of Some of Its Features" (1959), 32 C.P.R. 45.

International Documents

European Communities. *Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark*, [1994] O.J. L. 11/1.

European Communities. *First Directive 89/104/EEC of the Council, of 21 December 1988, to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*, [1989] O.J. L. 40/1, arts. 4, 5.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Nadon JJ.A.) (2004), 35 C.P.R. (4th) 1, [2004] F.C.J. No. 733 (QL), 2004 FCA 164, affirming a decision of Tremblay-Lamer J. (2003), 232 F.T.R. 11, 28 C.P.R. (4th) 520, [2003] F.C.J. No. 148 (QL), 2003 FCT 103. Appeal dismissed.

Jacques A. Léger, Q.C., *Barry Gamache* and *Marie-France Major*, for the appellant.

Louis Coallier and *Alexandre Ajami*, for the respondents.

Scott Jolliffe and *Kevin Sartorio*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — Among those with champagne tastes, the brand of Veuve Clicquot Ponsardin is considered among the very best. It has been building its fine reputation with the drinking classes

and the Middle East : A Country and Regional Analysis. New York : INTA, October 2004.

Lindley & Banks on Partnership, 18th ed., by R.C. I'Anson Banks. London : Sweet & Maxwell, 2002.

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4, 4th ed. Deerfield, Ill. : Thomson/West, 1996 (loose-leaf updated December 2005, release 36).

Mostert, Frederick W. *Famous and Well-Known Marks : An International Analysis*. London : Butterworths, 1997.

Nouveau Petit Robert. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2004, « déprécier ».

Robinson, Christopher. « The Canadian Trade Marks Act of 1954 — A Review of Some of Its Features » (1959), 32 C.P.R. 45.

Documents internationaux

Communautés européennes. *Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques*, [1989] J.O. L. 40/1, art. 4, 5.

Communautés européennes. *Règlement (CE) nº 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire*, [1994] J.O. L. 11/1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Nadon) (2004), 35 C.P.R. (4th) 1, [2004] A.C.F. nº 733 (QL), 2004 CAF 164, qui a confirmé une décision de la juge Tremblay-Lamer (2003), 232 F.T.R. 11, 28 C.P.R. (4th) 520, [2003] A.C.F. nº 148 (QL), 2003 CFPI 103. Pourvoi rejeté.

Jacques A. Léger, c.r., *Barry Gamache* et *Marie-France Major*, pour l'appelante.

Louis Coallier et *Alexandre Ajami*, pour les intimées.

Scott Jolliffe et *Kevin Sartorio*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Pour ceux qui apprécient le champagne, la marque Veuve Clicquot Ponsardin est l'une des meilleures qui soit. Déjà, avant la Révolution française, elle avait commencé 1

since before the French Revolution. Much credit is given to the efforts of the redoubtable Nicole Ponsardin Clicquot, widowed at the age of 27, who defied the convention of the day by taking the helm of her late husband's small Champagne house in 1805 and has ever since been celebrated as *La Veuve* (the widow) and *La Grande Dame de la Champagne* (the *grande dame* of champagne). She lived almost 90 years and died in 1866. The venerable house of champagne has registered numerous marks in Canada on the *Veuve Clicquot* theme, including *La Grande Dame*. The appellant now seeks to stop the respondents' small group of six women's wear shops in the Québec, Sherbrooke, Montréal and Ottawa regions from using the trade-name *Cliquot* and the respondents' own registered trade-marks *Cliquot* and *Cliquot "Un monde à part"* and to have these trade-marks expunged from the Register. The trade-marks of the appellant and respondents have co-existed in Quebec and eastern Ontario for about 10 years. The appellant claims that consumers will likely be confused that the women's clothing and the champagne originate with the same source, thereby infringing the registered trade-marks of the appellant contrary to s. 20 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13. The appellant further claims that even if the use by the respondents is not confusing, it nevertheless depreciates the value of the goodwill attached to the appellant's marks, contrary to s. 22 of the Act.

à se tailler l'excellente réputation dont elle jouit aujourd'hui dans le domaine des boissons alcoolisées et qu'on attribue en grande partie aux efforts de la redoutable Nicole Ponsardin Clicquot. Devenue veuve à l'âge de 27 ans, en 1805, Madame Clicquot a osé défier les conventions de l'époque en prenant les commandes de la petite maison de champagne de son défunt mari, ce qui l'a fait connaître comme *La Veuve* et *La Grande Dame de la Champagne*. Elle avait presque 90 ans lorsqu'elle est décédée en 1866. Cette vénérable maison de champagne a enregistré de nombreuses marques au Canada sur le thème de la *Veuve Clicquot*, dont *La Grande Dame*. L'appelante cherche maintenant à empêcher les intimées, un petit groupe de six boutiques de vêtements pour dames réparties dans les régions de Québec, Sherbrooke, Montréal et Ottawa, d'utiliser le nom commercial *Cliquot* et leurs propres marques de commerce déposées, *Cliquot* et *Cliquot « Un monde à part »* et à faire radier l'inscription de ces marques. Les marques de commerce de l'appelante et des intimées coexistent au Québec et dans l'est de l'Ontario depuis environ 10 ans. L'appelante prétend que les consommateurs sont susceptibles de croire à tort que les vêtements pour dames et le champagne proviennent de la même source, ce qui constituerait une usurpation des marques de l'appelante en contravention de l'art. 20 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13. L'appelante soutient en outre que, si l'emploi des marques fait par les intimées ne crée pas de confusion, il déprécie néanmoins l'achalandage attaché à ses marques en contravention de l'art. 22 de la Loi.

2 Within its wide circle of admirers, VEUVE CLICQUOT is undoubtedly famous and its trade-mark deserves wide protection not only from free-riders but from those who, without any intention of free-riding, nevertheless use in their own business distinguishing marks which create confusion or depreciate the value of the goodwill attaching to those of the appellant. In this case, however, the trial judge found that taking into account all the surrounding circumstances, there was little (if any) risk of confusion as to source. As to the alleged depreciation of the value of the goodwill, there was no evidence of any likelihood that as a

Pour ses nombreux admirateurs, la VEUVE CLICQUOT est indéniablement célèbre et mérite que sa marque de commerce bénéficie d'une protection étendue, non seulement contre les profiteurs, mais également contre ceux qui, sans vouloir en bénéficier sans droit, emploient néanmoins dans leur propre entreprise des marques distinctives qui créent de la confusion ou font diminuer la valeur de l'achalandage attaché à celles de l'appelante. Or, la juge de première instance a conclu que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, le risque de confusion quant à la source était faible, voire inexistant. En ce qui concerne

result of the respondents' use of *Cliquot* or *Cliquot "Un monde à part"*, the power of the VEUVE CLICQUOT mark to identify and distinguish the appellant's products was lessened, or that its brand image was tarnished, or that the goodwill attaching to its brand was otherwise devalued or diluted. In the result, the trial judge was not persuaded that use by the respondents of its marks violated s. 22 of the Act. The Federal Court of Appeal agreed. Accordingly, the courts below concluded that the appellant had not, on the evidence, established either claim. I agree with that conclusion. Accordingly, the appeal should be dismissed.

I. Facts

The appellant, Veuve Clicquot Ponsardin, Maison fondée en 1772, operates under its own name and under associated trade-names, the business of making, distributing and selling wines and alcoholic beverages, notably champagne, across Canada and in many countries of the world. Its Canadian trade-mark registrations include VEUVE CLICQUOT, VEUVE CLICQUOT PONSARDIN, PRIX VEUVE CLICQUOT and LA GRANDE DAME and distinctive designs utilizing those words (all of which I will refer to collectively as the VEUVE CLICQUOT mark) for wines and champagne. The trade-marks, or variants thereof, have been used in connection with these products in Canada since at least 1899. More recently, VEUVE CLICQUOT has appeared on a range of promotional items (not offered for sale in Canada) including fashion wares such as vests, scarves and women's dresses and, for men, ties, bow ties and waistcoats.

The appellant called evidence that its marketing strategy was to some extent aimed at women, and there was evidence of different events in Canada held to associate its brand with

la dépréciation alléguée de l'achalandage, aucune preuve n'a établi que l'emploi par les intimées des marques *Cliquot* ou *Cliquot « Un monde à part »* était le moindrement susceptible de réduire la capacité de la marque VEUVE CLICQUOT d'identifier et de distinguer les produits de l'appelante, terni son image de marque ni dilué ou déprécié l'achalandage attaché à la marque de l'appelante. En somme, la juge de première instance n'était pas convaincue que l'emploi de ses marques par les intimées contrevenait à l'art. 22 de la Loi. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Par conséquent, les juridictions inférieures ont conclu, au vu de la preuve, que l'appelante n'avait démontré le bien-fondé d'aucune de ses demandes. Je partage leur avis. Il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

L'appelante, Veuve Clicquot Ponsardin, Maison fondée en 1772, exploite sous son propre nom et sous divers noms commerciaux liés, une entreprise de fabrication, de distribution et de vente de vins et de boissons alcoolisées, en particulier de champagne, au Canada et dans de nombreux pays du monde. On compte parmi ses marques de commerce canadiennes enregistrées VEUVE CLICQUOT, VEUVE CLICQUOT PONSARDIN, PRIX VEUVE CLICQUOT et LA GRANDE DAME, ainsi que les dessins distinctifs utilisant ces mots (que j'appellerai collectivement la marque VEUVE CLICQUOT), le tout en liaison avec du vin et du champagne. Les marques de commerce, ou leurs variantes, sont employées au Canada en liaison avec ces produits depuis au moins 1899. Plus récemment, la marque VEUVE CLICQUOT a figuré sur une gamme d'articles promotionnels (qui ne sont pas offerts en vente au Canada), comprenant des articles de mode comme des vestes, des écharpes et des robes, pour les femmes, et des cravates, des nœuds papillons et des gilets, pour les hommes. 3

L'appelante a présenté une preuve établissant que sa stratégie de commercialisation ciblait les femmes, dans une certaine mesure, et que différents événements avaient eu lieu au Canada en vue d'associer 4

women of achievement (including a prize for the Business Woman of the Year in the 1980s). The appellant called an expert to discuss the importance of trade-marks in relation to luxury goods like champagne. The expert noted the potential expansion of trade-marks (or "brands") like VEUVE CLICQUOT into other luxury markets. According to this witness, "If a mark in the luxury field is associated with products of a quality lower than the quality of its original sector, such a mark is likely to lose its prestige as a luxury mark." The Court heard evidence that the VEUVE CLICQUOT trade-mark lends itself to an expansion beyond the products with which it was originally associated because it exhibits the four relevant fundamental characteristics of elasticity and mark extension, namely credibility, relevance, differentiation and elasticity. The issue was whether use by the respondents of the trade-mark *Cliquot* for their women's clothing stores could lead a purchaser having an imperfect recollection of the appellant's mark to confuse the one mark with the other. If so, the mistaken inference would thereby diminish the capacity of the appellant's mark to identify and distinguish the appellant's goods.

sa marque à des femmes remarquables (comme la remise du prix de la femme d'affaires de l'année au cours des années 80). L'appelante a fait entendre une experte afin d'expliquer l'importance des marques de commerce dans le domaine des produits de luxe comme le champagne. L'experte a signalé le potentiel d'expansion des marques de commerce (ou « marques ») comme VEUVE CLICQUOT vers d'autres marchés de produits de luxe. Aux dires de ce témoin, « [s]i une marque dans le domaine du luxe est associée à des produits d'une qualité inférieure à la qualité de son secteur d'origine, une telle marque risque de perdre son prestige en tant que marque de luxe. » La cour a entendu un témoignage selon lequel la marque VEUVE CLICQUOT se prête au phénomène d'expansion des marques au-delà des produits auxquels elle a été associée à l'origine parce qu'elle présente les quatre caractéristiques fondamentales à cet égard, soit la crédibilité, la pertinence, la différenciation et l'élasticité de la marque. Il s'agissait de savoir si l'emploi par les intimées de la marque *Cliquot* en liaison avec leurs boutiques de vêtements pour dames pourrait amener l'acheteur n'ayant qu'un souvenir imparfait de la marque de l'appelante à confondre la marque des unes avec celle de l'autre. Le cas échéant, cette conclusion erronée réduirait par le fait même la capacité de la marque de l'appelante d'identifier et de distinguer les marchandises de l'appelante.

5 The respondents operate stores under the names *Les Boutiques Cliquot* and *Cliquot* at six locations in Quebec and Ottawa retailing women's clothing in the mid-priced range targeted largely at career women. The second respondent, Mademoiselle Charmante Inc., is the registered owner of the trade-mark *Cliquot* and *Cliquot "Un monde à part"* which it has used since 1995. These marks were registered on August 1, 1997. The word "*Cliquot*" appears on the exterior sign at each of these locations, on bags and wrapping as well as on business cards and invoices, but not on the clothing itself. Under s. 19 of the Act, the respondents' marks are presumptively valid, and entitles them to use the marks as described above.

Les intimées exploitent sous les noms de *Les Boutiques Cliquot* et *Cliquot* six boutiques réparties au Québec et à Ottawa dans lesquelles elles vendent des vêtements de gamme intermédiaire essentiellement destinés aux femmes de carrière. La deuxième intimée, Mademoiselle Charmante Inc., est la propriétaire enregistrée des marques de commerce *Cliquot* et *Cliquot « Un monde à part »*, qu'elle emploie depuis 1995. Ces marques ont été enregistrées le 1er août 1997. Le mot « Cliquot » figure sur l'enseigne extérieure de chacune de ces boutiques, sur les sacs et les emballages, ainsi que sur les cartes d'affaires et les factures, mais il n'apparaît pas sur les vêtements. Selon l'art. 19 de la Loi, l'enregistrement des marques des intimées est présumé valide et leur donne le droit de les employer de la façon susmentionnée.

The appellant's expert, Ms. Monique Abitbol, testified that she had visited one of the respondents' stores and felt that [TRANSLATION] "this shop seems to put on airs of luxury without actually being a luxury shop". (That was the substance of her commentary on the respondents. She did not venture an opinion on the impact of their use of trade-marks. Another witness, Yves Simard, purported to do so, but his evidence on this point was ruled unexpert and inadmissible.) While it was unnecessary to lead evidence of actual confusion, it is nevertheless relevant to note that no such evidence was adduced by the appellant in this case, leaving proof of the likelihood of both confusion and depreciation in the hands of the expert witnesses. Apart from Ms. Abitbol and Mr. Simard, none of the appellant's witnesses addressed these issues.

Both the owner and the buyer of the respondents testified. The latter testified that she had seen an advertisement for the appellant's products in a magazine and that the word CLICQUOT had attracted her attention because it reminded her of the expression "*ça clique*" ("this is great") (hence the different spelling). The former said he liked the idea and contacted his lawyer before commencing use of the trade-mark *Cliquot* and that he had been advised that such use presented no legal difficulties. As stated, the Registrar subsequently approved the marks for registration. A witness for the appellant testified that the respondents' application had not come to its attention prior to registration.

II. Relevant Statutory Provisions

See Appendix.

III. History of the Proceedings

A. *Relevant Interlocutory Proceedings*

The appellant instituted these proceedings on November 5, 1998. Eventually, the parties consented to an order permitting them "to proceed to trial without adducing evidence upon any question as to the damages and accounting of profits

L'expert de l'appelante, M^me^ Monique Abitbol, a déclaré s'être rendue dans l'une des boutiques des intimées et, selon elle, « cette boutique semble se donner des apparences de luxe sans être par ailleurs une boutique de luxe ». (Cela constitue l'essentiel de ses commentaires au sujet des intimées. Elle ne s'est pas aventurée à se prononcer sur l'incidence de l'emploi que celles-ci font des marques de commerce. Un autre témoin, M. Yves Simard, a voulu le faire, mais son témoignage sur ce point n'a pas été considéré comme un témoignage d'expert et a été jugé inadmissible.) Même si l'appelante n'était pas tenue de présenter une preuve de confusion réelle, il convient de signaler qu'elle n'a produit aucune preuve à cet égard en l'espèce, laissant aux témoins experts le soin d'établir la probabilité de confusion et de dépréciation. Hormis M^me^ Abitbol et M. Simard, aucun des témoins de l'appelante n'a abordé ces questions. 6

Les témoignages du propriétaire et de l'acheteuse des intimées ont été entendus. Cette dernière a déclaré qu'elle avait vu dans une revue une publicité annonçant les produits de l'appelante et que le mot CLICQUOT avait attiré son attention parce qu'il lui rappelait l'expression « ça clique » (ce qui explique l'orthographe différente). Quant au premier, il a dit que l'idée lui avait plu, et qu'avant de commencer à employer la marque de commerce *Cliquot*, il avait demandé l'avis de son avocat, qui lui avait dit que cet emploi ne posait aucun problème sur le plan juridique. Comme il a été mentionné, le registraire a subséquemment accueilli la demande d'enregistrement des marques. Un témoin de l'appelante a affirmé qu'elle n'avait pas eu connaissance de la demande des intimées avant l'enregistrement de leurs marques. 7

II. Dispositions législatives pertinentes

Voir l'annexe. 8

III. Historique des procédures

A. *Demande interlocutoire pertinente*

L'appelante a introduit l'instance le 5 novembre 1998. Par la suite, les parties ont consenti à une ordonnance les autorisant [TRADUCTION] « à procéder à l'instruction sans présenter de preuve relativement au recouvrement de dommages- 9

flowing from any infringement alleged in this case" (emphasis added). No such order was sought or granted in relation to the s. 22 depreciation claim.

B. *Federal Court* (2003), 28 C.P.R. (4th) 520, 2003 FCT 103

10 On the basis of the evidence before the court, Tremblay-Lamer J. concluded that (i) the advertisement seen by the respondents' buyer could not have been any other than the appellant's; (ii) the distinctive aspect of the appellant's trade-marks is the word CLICQUOT; (iii) the appellant's promotional wares covered a nondescript group of items only some of which could be regarded as for women (scarves and nightgowns). These articles were only offered for promotional purposes and the evidence did not establish that the plaintiff developed any strategy by which its mark was the subject of an extension into the fashion field or that it contemplated extending it into women's clothing in the future; (iv) women constitute a market targeted by the appellant; (v) the appellant had not altered its trade-marks since their origin so as to extend them to other goods; (vi) the appellant's evidence had not established any connection with the fashion world.

11 The trial judge acknowledged that, for confusion to occur, it was not at all necessary that the wares belong to the same general category. The appellant's trade-marks are inherently distinct and are entitled to a broad measure of protection. Moreover, the word CLICQUOT being the key element of the trade-mark, "I feel that there is a great degree of resemblance between the marks of the plaintiff and those of the defendants" (para. 66). However, she noted "there is no connection between the plaintiff's activities and those of the defendants" (para. 74). She noted, as well, that the role of the court was to take each of the factors in s. 6(5) into account "appropriately" and that "[t]he fact of being well known does not by itself provide absolute protection for a trade-mark. It is one factor which must be assessed together with all the others" (para. 75). On that basis, she found, "it is not likely that a consumer would think the plaintiff was affiliated with

intérêts ou de profits découlant de toute usurpation alléguée dans la présente affaire » (je souligne). Aucune ordonnance de ce genre n'a été demandée ou accordée quant à l'action pour dépréciation fondée sur l'art. 22.

B. *Cour fédérale*, [2003] A.C.F. nº 148 (QL), 2003 CFPI 103

Compte tenu des éléments de preuve dont elle était saisie, la juge Tremblay-Lamer a conclu que (i) la publicité vue par l'acheteuse des intimées ne pouvait être que celle de l'appelante; (ii) l'élément distinctif des marques de l'appelante est le mot CLICQUOT; (iii) les marchandises promotionnelles de l'appelante regroupaient des objets hétéroclites dont seuls quelques-uns pouvaient être associés à l'univers féminin (foulard, peignoir). Ces marchandises n'étaient offertes qu'à titre promotionnel et la preuve n'a pas établi que la demanderesse avait mis au point une stratégie visant à étendre sa marque au domaine de la mode ou qu'elle envisageait l'étendre dans l'avenir aux vêtements féminins; (iv) les femmes forment un marché visé par l'appelante; (v) l'appelante n'avait pas modifié ses marques de commerce depuis leur existence pour les étendre à d'autres marchandises; (vi) la preuve soumise par l'appelante n'avait pas permis d'établir l'existence d'un lien avec le domaine de la mode.

La juge de première instance a reconnu qu'il n'était pas nécessaire que les marchandises soient de la même catégorie générale pour qu'il y ait confusion. Selon elle, les marques de commerce de l'appelante possèdent un caractère distinctif inhérent et méritent une protection étendue. De plus, le mot CLICQUOT étant l'élément principal de la marque de commerce, elle s'est dite « d'avis qu'il existe un grand degré de similarité entre les marques de la demanderesse et celles des défenderesses » (par. 66). Elle a cependant signalé « qu'il n'y a aucune connexion entre les activités de la demanderesse et celles des défenderesses » (par. 74). Elle a également fait remarquer que le tribunal doit tenir compte « de façon appropriée » de tous les facteurs énumérés au par. 6(5) et que « [l]a célébrité à elle seule ne protège pas une marque de commerce de façon absolue. Il s'agit d'un facteur qui doit être apprécié en liaison avec tous les autres » (par. 75). Pour ces motifs,

the defendants or that the plaintiff had granted a third party a licence to allow it to use the distinctive part of its mark in association with a women's clothing store" (para. 76 (emphasis added)). She referred in this respect to the decisions of the Federal Court of Appeal in *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534, and *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 F.C. 15 ("*Lexus*").

elle a conclu : « Il n'est pas plausible [. . .] qu'un consommateur croirait que la demanderesse était affiliée avec les défenderesses, ou que la demanderesse a octroyé à un tiers une licence pour lui permettre d'employer la partie distinctive de sa marque en association avec l'exploitation d'une boutique de vêtements pour dames » (par. 76 (je souligne)). Elle a mentionné à cet égard les décisions rendues par la Cour d'appel fédérale dans *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534, et *Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha c. Lexus Foods Inc.*, [2001] 2 C.F. 15 (« *Lexus* »).

The trial judge then turned to the arguments of the appellant that the use by the respondents of the trade-mark *Cliquot* depreciates the value of the goodwill attached to the appellant's VEUVE CLICQUOT marks. She noted that the clothing sold by the respondents did not carry the label *Cliquot*. The respondents' products as such were therefore not associated with the appellant's trade-mark. Referring to her finding that confusion was not at all likely, the trial judge stated that "[a]lthough confusion is not the test laid down in s. 22, I consider that it [confusion] is still necessary for there to be an association between the two marks. In other words, a consumer has to be able to make a connection between the parties in order for there to be depreciation of the goodwill attaching to the trade-mark" (para. 94). In support of this conclusion, she cited *Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] F.C. 543 (T.D.). In the absence of any connection between the two trade-marks, however, the trial judge concluded that "the defendants' trade-marks do not depreciate the value of the goodwill attaching to the trade-mark CLICQUOT, and that there has been no breach of s. 22 of the Act" (para. 97). The appellant was not entitled to expungement. 12

La juge de première instance a ensuite examiné les arguments de l'appelante selon lesquels l'emploi de la marque de commerce *Cliquot* par les intimées a déprécié l'achalandage attaché à ses marques VEUVE CLICQUOT. Elle a noté que les vêtements vendus par les intimées ne portaient pas l'étiquette *Cliquot*. Les produits des intimées n'étaient donc pas associés comme tels à la marque de commerce de l'appelante. Rappelant qu'elle avait conclu que la confusion n'était absolument pas plausible, la juge a déclaré que « [b]ien que la confusion ne soit pas le test prescrit par l'article 22, je suis d'avis qu'elle est quand même nécessaire pour qu'il y ait une association entre les deux marques. Autrement dit, il faut qu'un consommateur soit capable de faire une association entre les parties pour que la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce ait lieu » (par. 94). Pour étayer cette conclusion, elle a cité *Canadian Council of Blue Cross Plans c. Blue Cross Beauty Products Inc.*, [1971] C.F. 543 (1re inst.). Vu cependant l'absence de lien entre les deux marques, la juge de première instance a conclu que « les marques de commerce des défenderesses ne diminuent pas la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce CLICQUOT, et qu'il n'y a aucune infraction à l'article 22 de la Loi » (par. 97). L'appelante n'avait pas droit à la radiation de l'inscription des marques.

C. *Federal Court of Appeal (Desjardins, Noël and Nadon JJ.A.)* (2004), 35 C.P.R. (4th) 1, 2004 FCA 164

C. *Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Noël et Nadon)*, [2004] A.C.F. nº 733 (QL), 2004 CAF 164

Noël J.A., writing for a unanimous court, concluded that the findings of the trial judge were 13

Selon le juge Noël, qui a rédigé la décision unanime de la cour, les conclusions de la juge de

supported by the evidence, and she had properly applied the law relating to confusion as laid down in *Pink Panther* and other cases. With respect to the claim under s. 22, he noted it was not established before the trial judge that the use by the respondents of their marks was likely to diminish the value associated with the appellant's marks (para. 10). For these reasons, the appeal was dismissed.

première instance étaient étayées par la preuve et la juge avait correctement appliqué les règles de droit relatives à la confusion établies dans *Pink Panther* et dans d'autres décisions. Quant à la demande fondée sur l'art. 22, il a fait remarquer qu'il n'avait pas été établi devant la juge de première instance que l'emploi fait par les intimées de leurs marques était susceptible d'entraîner la diminution de la valeur associée aux marques de l'appelante (par. 10). Pour ces motifs, l'appel a été rejeté.

IV. Analysis

IV. Analyse

14 This case is all about "famous" trade-marks. While less-than-famous trade-marks largely operate in their circumscribed field of wares, services and businesses, it is argued that "famous" marks transcend such limitations, and that broad effect must be given to the owner's remedies in respect of likely confusion in the marketplace (s. 20) and likely depreciation of the value of the goodwill (s. 22) with that transcendence in mind. With respect to the s. 20 infringement claim, the fame of VEUVE CLICQUOT is such, the appellant says, that consumers who walk into the respondents' women's clothing shops will likely be confused into believing the dresses and fashion apparel come from the same source as the champagne, even though the type of product is very different, the products flow in different channels of trade and the registered trade-marks do not appear on the respondents' garments. Regardless of these differences, fame conquers all, and the appellant seeks expungement of the respondents' marks and an injunction. Whether or not there exists a likelihood of confusion is largely a question of fact. As this is an infringement claim (rather than an opposition proceeding before the Trade-marks Opposition Board), the onus was on the appellant to prove such likelihood on a balance of probabilities.

Le pourvoi porte exclusivement sur les marques de commerce « célèbres ». Alors que l'aura des marques de commerce qui ne sont pas célèbres se limite principalement au champ limité des marchandises, services et entreprises auxquels elles se rattachent, l'appelante soutient que les marques « célèbres » transcendent ces limites et qu'il faut, au regard de cette transcendance, interpréter largement les mesures de réparation que peut obtenir leur propriétaire lorsqu'une confusion sur le marché (art. 20) et une dépréciation de l'achalandage (art. 22) sont susceptibles de se produire. En ce qui a trait à l'action pour usurpation fondée sur l'art. 20, la célébrité de VEUVE CLICQUOT est telle, affirme l'appelante, que les consommateurs qui entrent dans les boutiques de vêtements pour dames appartenant aux intimées sont susceptibles de croire à tort que les robes et accessoires de mode proviennent de la même source que le champagne, même si ces produits sont très différents, s'ils empruntent des voies commerciales différentes et si les marques déposées ne figurent pas sur les vêtements des intimées. Malgré ces différences, la célébrité l'emporterait sur tout, et l'appelante cherche à faire radier l'inscription des marques des intimées et à obtenir une injonction. La question de savoir s'il existe ou non une probabilité de confusion est principalement une question de fait. Puisqu'il s'agit d'une action pour usurpation (et non d'une procédure d'opposition devant la Commission des oppositions des marques de commerce), c'est à l'appelante qu'il incombait de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la confusion était susceptible de survenir.

With respect to the s. 22 depreciation claim, the appellant says that the fame of the VEUVE CLICQUOT mark for upmarket luxury goods is such that associating the name CLICQUOT (albeit misspelled as *Cliquot*) with a mid-range women's clothing store robs the appellant's mark of some of its lustre, blurring its powerful association with top quality luxury goods, and thereby diluting the distinctive qualities that attract high-end business. If the champagne mark becomes associated in the public mind with a group of mid-priced women's clothing shops, the "brand equity" the appellant has been building in France since the 18th century, and in this country since the 19th century, would be devalued and whittled away. Again, however, the onus of proof to establish the likelihood of such depreciation rested on the appellant. Despite the undoubted fame of the mark, the likelihood of depreciation was for the appellant to prove, not for the respondents to disprove, or for the court to presume.

The respondents say that the 1997 registration of their trade-mark *Cliquot* and *Cliquot "Un monde à part"* is a complete answer to the appellant's claim. I do not agree. The appellant has put the validity of the registrations in issue and seeks expungement. Were the appellant to succeed in obtaining expungement, no doubt the respondents could argue that they ought not to be liable to pay compensation attributable to the period during which their own registrations were in effect. However, as the appellant has not succeeded on this appeal, the scope of compensation is not an issue that arises for determination in this case.

I will deal with each of the appellant's claims in turn.

A. *Infringement: The Creation of Confusion in the Marketplace*

As discussed in the companion case of *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772,

En ce qui concerne l'action pour dépréciation fondée sur l'art. 22, l'appelante affirme que la célébrité de la marque VEUVE CLICQUOT sur le marché haut de gamme des biens de luxe est telle que l'association du nom CLICQUOT (bien qu'orthographié *Cliquot*) à une boutique de vêtements de gamme intermédiaire pour dames lui fait perdre un peu de son lustre, affaiblit son lien puissant avec les marchandises de luxe et réduit par le fait même les qualités distinctives qui attirent la clientèle haut de gamme. Si, dans l'esprit du public, la marque de champagne devenait associée à un groupe de boutiques de vêtements de gamme intermédiaire pour dames, le « capital-marque » que l'appelante s'est constitué en France depuis le 18e siècle, et au Canada depuis le 19e siècle, s'en trouverait déprécié et érodé. Cependant, le fardeau de démontrer l'existence d'une telle probabilité de dépréciation incombait lui aussi à l'appelante. Malgré l'indubitable renommée de la marque, il appartenait à l'appelante de prouver la probabilité de dépréciation, et non aux intimées de la réfuter ni au tribunal de la présumer. 15

Les intimées soutiennent qu'il leur suffit d'invoquer l'enregistrement, en 1997, de leurs marques de commerce *Cliquot* et *Cliquot « Un monde à part »* pour répondre entièrement à la demande de l'appelante. Je ne suis pas d'accord. L'appelante a contesté la validité de l'enregistrement et en demande la radiation. Si l'appelante avait gain de cause et obtenait la radiation de l'inscription, les intimées pourraient assurément plaider qu'elles ne devraient pas être tenues de verser une indemnité pour la période pendant laquelle leurs propres inscriptions étaient en vigueur. Toutefois, comme l'appelante n'a pas eu gain de cause dans le pourvoi, il n'y a pas lieu de trancher la question de la portée de l'indemnisation. 16

J'examinerai successivement chacune des demandes de l'appelante. 17

A. *Usurpation : la création d'une confusion sur le marché*

Comme je l'ai expliqué dans le pourvoi connexe *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 18

2006 SCC 22, released concurrently, the purpose of trade-marks is to function as a symbol of the source and quality of wares and services, to distinguish those of the merchant from those of another, and thereby to prevent "confusion" in the marketplace. Confusion is to be understood, however, in a special sense. Parliament states in s. 6(1) that confusion occurs

if the use of the [appellant's] trade-mark or trade-name would cause confusion with the [respondents'] trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

19 Such confusion occurs, we learn in s. 6(2)

if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

20 The test to be applied is a matter of first impression in the mind of a casual consumer somewhat in a hurry who sees the name *Cliquot* on the respondents' storefront or invoice, at a time when he or she has no more than an imperfect recollection of the VEUVE CLICQUOT trade-marks, and does not pause to give the matter any detailed consideration or scrutiny, nor to examine closely the similarities and differences between the marks. As stated by Pigeon J. in *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192, at p. 202:

It is no doubt true that if one examines both marks carefully, he will readily distinguish them. However, this is not the basis on which one should decide whether there is any likelihood of confusion.

. . . the marks will not normally be seen side by side and [the Court must] guard against the danger that a person seeing the new mark may think that it is the same as one he has seen before, or even that it

R.C.S. 772, 2006 CSC 22, rendu simultanément, l'objet des marques de commerce est de symboliser la source et la qualité des marchandises et des services, de distinguer les marchandises ou les services du commerçant de ceux d'un autre commerçant et d'éviter ainsi la « confusion » sur le marché. Le terme confusion revêt cependant un sens particulier. Le législateur précise au par. 6(1) qu'il y a confusion

si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial [de l'appelante] cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial [des intimées], de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

Le paragraphe 6(2) nous apprend qu'une telle confusion survient

lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

Le critère applicable est celui de la première impression que laisse dans l'esprit du consommateur ordinaire plutôt pressé la vue du nom *Cliquot* sur la devanture des boutiques des intimées ou sur une de leurs factures, alors qu'il n'a qu'un vague souvenir des marques de commerce VEUVE CLICQUOT et qu'il ne s'arrête pas pour réfléchir à la question en profondeur, pas plus que pour examiner de près les ressemblances et les différences entre les marques. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Pigeon dans *Benson & Hedges (Canada) Ltd. c. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192, p. 202 :

[TRADUCTION] Nul doute que si une personne examinait les deux marques attentivement, elle les distinguerait facilement. Ce n'est toutefois pas sur cette constatation qu'il faut se fonder pour déterminer s'il existe une probabilité de confusion.

. . . les marques ne paraîtront pas côte à côte et [la Cour doit] essayer d'empêcher qu'une personne qui voit la nouvelle marque puisse croire qu'il s'agit de la même marque que celle qu'elle a vue auparavant,

is a new or associated mark of the proprietor of the former mark.

(Citing in part *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 38, para. 989, at p. 590.)

In every case, the factors to be considered when making a determination as to whether or not a trade-mark is confusing to the somewhat-hurried consumer "in all the surrounding circumstances" include, but are not limited to, those enumerated in s. 6(5) of the Act. These are: "(*a*) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known; (*b*) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use; (*c*) the nature of the wares, services or business; (*d*) the nature of the trade; and (*e*) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them". The list of circumstances is not exhaustive and different circumstances will be given different weight in a context-specific assessment, as discussed in *Mattel*.

The appellant is now part of the Louis Vuitton luxury goods group. As one of its witnesses put it, [TRANSLATION] "We are craftspeople of luxury goods." The appellant exports 85 percent of its production worldwide to 100 or so countries and, making the most of its roots in France's *ancien régime*, the marketing of the appellant's champagne evokes aristocratic associations tinged with post-revolutionary romanticism. It is proudly said, for example, that in 1814 La Veuve was able to smuggle a shipment of her champagne to Russia, breaking a European blockade and ensuring that her champagne would be the first to reach the Imperial Court of Alexander I at Saint Petersburg. The appellant led evidence that people associated with the appellant commonly refer to the company as CLICQUOT and the champagne itself is sometimes called simply CLICQUOT.

The appellant called Ms. Abitbol, an expert in luxury brands, who affirmed the fame of the

ou même qu'il s'agit d'une nouvelle marque ou d'une marque liée appartenant au propriétaire de l'ancienne marque.

(Citant *Halsbury's Laws of England*, 3e éd., vol. 38, par. 989, p. 590.)

21 Dans chaque cas, pour décider si une marque de commerce crée ou non de la confusion dans l'esprit du consommateur plutôt pressé en tenant compte « de toutes les circonstances de l'espèce », il faut considérer notamment les facteurs énumérés au par. 6(5) de la Loi. Ce sont : « *a*) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus; *b*) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage; *c*) le genre de marchandises, services ou entreprises; *d*) la nature du commerce; *e*) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent ». Cette liste n'est pas exhaustive et un poids différent sera accordé à différents facteurs selon le contexte, ainsi qu'il est mentionné dans *Mattel*.

22 L'appelante fait maintenant partie du groupe Louis Vuitton, spécialisé dans les articles de luxe. Un de ses témoins a déclaré : « Nous sommes des artisans du luxe. » De nos jours, l'appelante exporte 85 p. 100 de sa production dans une centaine de pays de toutes les régions du globe. Elle tire le maximum de ses origines qui remontent à l'Ancien Régime français, en évoquant ses relations aristocratiques empreintes de romantisme post-révolutionnaire pour commercialiser son champagne. Elle affirme fièrement, par exemple, qu'en 1814 « La Veuve » a réussi à forcer le blocus continental pour faire parvenir clandestinement une cargaison de son champagne en Russie et s'assurer qu'il soit le premier à atteindre la Cour impériale d'Alexandre Ier à Saint-Pétersbourg. L'appelante a produit des éléments de preuve démontrant que les gens avec qui elle est associée désignent couramment la société par l'appellation CLICQUOT et que le champagne est lui-même parfois appelé tout simplement CLICQUOT.

23 L'appelante a fait témoigner Mme Abitbol, experte en marques de luxe, qui a confirmé la renommée

appellant's marks but also acknowledged that she was unaware of the mark being utilized by the appellant for anything other than champagne. She felt it had the potential for broader exploitation in the luxury goods market. She cited the definition of "*luxe*" (luxury) in *Le Petit Robert* as a [TRANSLATION] "[l]ifestyle characterized by lavish spending to purchase non-essential goods out of a taste for ostentation and greater well-being" but in her view, the concept of "*luxe*" had lost some of its narrow somewhat snobbish connotation in recent years.

24 The respondents' stores, on the other hand, sell clothing that is marketed as good value rather than ostentatious, appealing to the career woman rather than *grandes dames*. Mr. Harvey Kom testified that the "target customers" of the respondents' boutiques are

A. . . . young missy woman from twenty-five (25) to sixty (60) or fifty (50) years old, and with nice clothes with brand names.

Q. Brand names such as . . .?

A. Well, at that particular time we had Jones, we have Conrad C, we have Spanner, we have Luta, we have Simon Chang, we have Steelman. . . .

. . .

Q. . . . Do you sell fur coats in . . .

A. No, we don't.

Q. Does the word "Clicquot" appear on any of the clothing in any of your Cliquot Boutiques?

A. It does not appear in any of the clothing.

Q. What is on the label of the clothing?

A. Either the manufacturer or the importer or their trade name.

des marques de l'appelante tout en reconnaissant qu'elle ignorait que la marque était employée par l'appelante en liaison avec d'autres produits que le champagne. Selon elle, la marque avait le potentiel nécessaire à une exploitation accrue sur le marché des marchandises de luxe. Elle a cité la définition de « luxe » contenue dans *Le Petit Robert*, à savoir qu'il s'agit d'un « [m]ode de vie caractérisé par de grandes dépenses consacrées à l'acquisition de biens superflus, par goût de l'ostentation et du plus grand bien-être », ajoutant que, selon elle, le concept de « luxe » avait perdu de sa connotation étroite péjorative un peu snob au cours des dernières années.

Pour leur part, les boutiques des intimées vendent des vêtements présentés comme répondant à un souci de qualité, plutôt qu'au goût de l'ostentation, et susceptibles de plaire à la femme de carrière plutôt qu'à la grande dame. M. Harvey Kom a témoigné que la [TRADUCTION] « clientèle cible » des boutiques des intimées est

[TRADUCTION]

R. . . . la jeune femme de vingt-cinq (25) à soixante (60) ou cinquante (50) ans, qui porte de beaux vêtements griffés.

Q. Des marques telles que . . . ?

R. Bien, à ce moment, nous avions du Jones, du Conrad C, nous avons du Spanner, nous avons du Luta, nous avons du Simon Chang, nous avons du Steelman. . .

. . .

Q. . . . Vendez-vous des manteaux de fourrure dans . . .

R. Non, nous n'en vendons pas.

Q. Le mot « Clicquot » figure-t-il sur les vêtements vendus dans l'une ou l'autre de vos boutiques Cliquot?

R. Il ne figure sur aucun des vêtements.

Q. Que trouve-t-on sur l'étiquette des vêtements?

R. Le nom du manufacturier, celui de l'importateur, ou bien leur nom commercial.

The respondents' stores sell dresses, coats, sweaters, blouses, pants, jackets, belts, scarves and pins. Its wares do not intermingle with those of the appellant:

Q. And had you ever offered for sale in your boutiques any Champagne, Sparkling Wines, Beer or any other type of alcoholic drink?

A. Not at all.

Q. Have you ever seen women's clothing offered for sale in any of the liquor stores in Canada that you have visited?

Q. Not at all.

The finding that VEUVE CLICQUOT is a "famous" mark is of importance in considering "all the surrounding circumstances" because fame presupposes that the mark transcends at least to some extent the wares with which it is normally associated. The evidence is clear that VEUVE CLICQUOT carries an aura of luxury which may extend outside the wine and champagne business, and may (as the appellant's expert stated) evoke a broad association with luxury goods. However, the same appellant's expert testified that the respondents' stores were not in the luxury class, and the question before the trial judge was whether potential shoppers in that mid-priced market, perhaps imperfectly recalling the famed VEUVE CLICQUOT mark, would be likely to infer (mistakenly) that the clothing is associated in some way with the source of the champagne. Whether the VEUVE CLICQUOT aura extends to the facts of a particular infringement case is a matter not of assertion, but of evidence. On the point of infringement, the trial judge ruled inadmissible the evidence of the appellant's witness Yves Simard because, in this respect, the opinion went beyond Mr. Simard's area of expertise. She said:

His expertise in branding did not qualify him to assess the consumer's reaction and the possibility of confusion with the defendants' stores. [para. 35]

Les boutiques des intimées vendent des robes, des manteaux, des chandails, des chemisiers, des pantalons, des blousons, des ceintures, des écharpes et des épinglettes. Leurs marchandises ne chevauchent pas celles de l'appelante : 25

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous déjà vendu du champagne, des vins mousseux, de la bière ou tout autre type de boisson alcoolisée dans vos boutiques?

R. Absolument pas.

Q. Êtes-vous déjà entré dans un magasin d'alcools au Canada où l'on offrait en vente des vêtements pour dames?

R. Absolument pas.

La conclusion portant que VEUVE CLICQUOT est une « marque célèbre » est importante pour l'examen de « toutes les circonstances de l'espèce » parce que la célébrité présuppose que la marque transcende, dans une certaine mesure du moins, les marchandises auxquelles elle est normalement associée. La preuve indique clairement que la marque VEUVE CLICQUOT dégage une aura de luxe, qui pourrait dépasser le domaine du vin et du champagne et (comme l'a dit l'expert témoignant pour le compte de l'appelante) évoquer une association générale avec les produits de luxe. Cependant, le même témoin a déclaré que les boutiques des intimées n'entraient pas dans la catégorie de luxe, et la question dont était saisie la juge de première instance était de savoir si, dans ce marché de gamme intermédiaire, les acheteurs éventuels n'ayant peut-être qu'un souvenir imparfait de la célèbre marque VEUVE CLICQUOT, sont susceptibles de conclure (à tort) que les vêtements sont associés d'une certaine façon à la source du champagne. La question de savoir si l'aura de la marque VEUVE CLICQUOT s'étend aux faits d'un cas particulier d'usurpation ne tient pas à une affirmation, mais à la preuve. En ce qui concerne l'usurpation, la juge de première instance a jugé inadmissible les déclarations du témoin de l'appelante, M. Yves Simard, parce que l'opinion de M. Simard sur ce point excédait son domaine d'expertise. La juge a dit : 26

Son expertise en « branding » ne le qualifie pas à évaluer la réaction du consommateur et la possibilité de confusion avec les magasins des défenderesses. [par. 35]

27 The appellant contends that the trial judge misdirected herself in law because of her reliance on the decisions of the Federal Court of Appeal in *Pink Panther* and *Lexus*. For the reasons set out in *Mattel*, I agree with the appellant and the intervener, International Trademark Association ("INTA"), that *Pink Panther* and *Lexus* put too much emphasis on the similarities and dissimilarities in the "nature of the wares, services or business" (s. 6(5)(*c*)), and to that extent strayed from the statutory "all the surrounding circumstances" test. However, on a fair reading of her reasons, the trial judge here did apply the "all the surrounding circumstances" test. She concluded:

> Although I have found that the mark "Clicquot" is well known and unique, and deserves extensive protection, that is not conclusive. The fact of being well known does not by itself provide absolute protection for a trademark. It is one factor which must be assessed together with all the others. [Emphasis added; para. 75.]

The s. 6(5) list is clearly not exhaustive. Some enumerated factors may not be particularly relevant in a specific case, and in any event their weight will vary with "all the surrounding circumstances". The fame of the mark is not, as such, an enumerated circumstance (although it is implicit in three of the enumerated factors, namely inherent distinctiveness, the extent to which a mark has become known, and the length of time that it has been used). Undoubtedly fame (or strength) is a circumstance of great importance because of the hold of famous marks on the public mind. With that introduction, I turn to discuss the statutory list.

(1) The Inherent Distinctiveness of the Trade-Marks or Trade-Names and the Extent to Which They Have Become Known

28 The VEUVE CLICQUOT trade-marks are distinctive. Clicquot, according to the evidence, is the

L'appelante prétend que la juge de première instance a commis une erreur de droit en s'appuyant sur les décisions de la Cour d'appel fédérale dans *Pink Panther* et *Lexus*. Pour les motifs exposés dans *Mattel*, je suis d'accord avec elle et avec l'intervenante International Trademark Association (« INTA ») pour dire que les arrêts *Pink Panther* et *Lexus* ont accordé trop d'importance aux similitudes et aux différences dans le « genre de marchandises, services ou entreprises » (al. 6(5)*c*)) et que, dans cette mesure, ils se sont écartés du critère légal de « toutes les circonstances de l'espèce ». Toutefois, une lecture objective de ses motifs révèle que la juge de première instance a effectivement appliqué en l'espèce le critère de « toutes les circonstances de l'espèce ». Elle a conclu :

> Quoique j'ai[e] trouvé que la marque « Clicquot » est célèbre et unique méritant une portée de protection étendue, cela n'est pas déterminant. La célébrité à elle seule ne protège pas une marque de commerce de façon absolue. Il s'agit d'un facteur qui doit être apprécié en liaison avec tous les autres. [Je souligne; par. 75.]

La liste établie au par. 6(5) n'est manifestement pas exhaustive. Il se peut que certains des facteurs énumérés ne soient pas particulièrement pertinents dans un cas précis et, de toute façon, leur importance variera en fonction de « toutes les circonstances de l'espèce ». La célébrité d'une marque n'est pas, comme telle, l'une des circonstances énumérées (même si elle est implicite dans trois d'entre elles, à savoir le caractère distinctif inhérent, la mesure dans laquelle une marque est devenue connue et la période pendant laquelle elle a été en usage). Il ne fait aucun doute que la célébrité d'une marque (ou sa force) est une circonstance très importante à cause de l'influence que les marques célèbres exercent sur l'esprit du public. Cette introduction faite, j'examinerai maintenant chacun des critères énumérés dans la loi.

(1) Le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus

Les marques de commerce VEUVE CLICQUOT sont distinctives. D'après la preuve, Clicquot est le

founder's family name. Yet over the years, particularly in association with *La Veuve*, it has acquired a strong secondary meaning among people who have even a passing acquaintance with champagne. It is a famous brand (particularly in association with its traditional scroll and display) and is well known in the respondents' trade area.

The respondents' women's wear boutiques are also known in the area in which both trade-marks are used, and serve to distinguish its services from its competitors. Their registered marks are not "famous" marks.

(2) The Length of Time the Trade-Marks and Trade-Names Have Been in Use

The appellant's trade-marks were registered in 1899 and have thus had over 100 years to acquire the ability to identify and distinguish the appellant's wine and champagne in the Canadian market. The respondents' mark was not introduced until 1995.

(3) The Nature of the Wares, Services or Business

Luxury champagne and mid-priced women's wear are as different as chalk and cheese but the intervener argues that

> while the existence of a connection between the parties' wares and services can be an important consideration in the case of a weak senior mark, its importance diminishes as the strength of the mark increases, and in the case of a famous mark it has little bearing on the question of confusion. [INTA factum, at para. 29]

This proposition, with respect, is an oversimplification. Famous marks do not come in one size. Some trade-marks may be well known but have very specific associations (*Buckley*'s cough mixture is advertised as effective despite its terrible taste, not, one would think, a brand image desirable for

nom de famille du fondateur. Ce nom a d'ailleurs acquis au fil des ans, notamment lorsqu'il est associé à *La Veuve*, un solide sens secondaire même auprès de gens connaissant très peu le champagne. C'est une marque célèbre (en particulier lorsqu'elle est associée à son cartouche à entrelacs et à sa présentation traditionnelle) qui est bien connue là où les intimées exercent leurs activités commerciales.

29 Les boutiques de vêtements pour dames appartenant aux intimées sont également connues dans la région où les deux marques de commerce sont employées et servent à distinguer leurs marchandises de celles de leurs concurrents. Les marques de commerce déposées des intimées ne sont pas des marques « célèbres ».

(2) La période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage

30 Les marques de commerce de l'appelante ont été enregistrées en 1899, ce qui leur a donné plus de 100 ans pour acquérir la capacité d'identifier et de distinguer le vin et le champagne de l'appelante sur le marché canadien. La marque des intimées n'a vu le jour qu'en 1995.

(3) La nature des marchandises, services ou entreprises

31 Le champagne de luxe et les vêtements de gamme intermédiaire pour dames sont aussi différents que peuvent l'être le jour et la nuit, mais l'intervenante soutient que

> [TRADUCTION] même si l'existence d'un lien entre les marchandises et services des parties peut constituer un facteur important dans le cas d'une marque faible mais ancienne, cette importance diminue à mesure que la marque acquiert de la force, et dans le cas d'une marque célèbre, ce facteur n'a guère d'importance en ce qui concerne la confusion. [Mémoire de l'INTA, par. 29]

32 J'estime, avec égards, que cette proposition procède d'une simplification à outrance. Les marques célèbres n'ont pas toutes le même profil. Certaines d'entre elles sont peut-être bien connues, mais sont associées à des produits très spécifiques (la publicité du sirop pour la toux *Buckley* vante son efficacité

restaurants). Other famous marks, like *Walt Disney*, may indeed have largely transcended product line differences.

33 While the halo effect or aura of the VEUVE CLICQUOT mark is not necessarily restricted to champagne and related promotional items and *could* expand more broadly into the luxury goods market, no witness suggested the mark would be associated by ordinary consumers with mid-priced women's clothing. Thus, in considering all of the relevant circumstances, the trial judge was of the opinion "that the key factor is the significant difference between the plaintiff's wares and those of the defendants" and that "[t]he plaintiff's activities and those of the defendants are so different that there is no risk of confusion in consumers' minds" (para. 76). In weighing up the s. 6(5) factors, this was an emphasis she was entitled to place in this particular case. Section 6(2) recognizes that the ordinary somewhat-hurried consumer may be misled into drawing the mistaken inference "whether or not the wares or services are of the same general class", but it is still a question for the court as to whether in all the circumstances such consumers are *likely* to do so in a particular case.

(4) The Nature of the Trade

34 The respondents' and appellant's goods move in different channels of trade and distribution. The respondents' stores do not stock the goods associated in the public mind, directly or indirectly, with the appellant's trade-marks.

(5) The Degree of Resemblance Between the Trade-Marks or Trade-Names in Appearance or Sound or in the Ideas Suggested by Them

35 The trial judge found a resemblance in the trade-marks, despite the different spelling of *Cliquot*, and

malgré son mauvais goût, ce qui porte à croire que son image de marque ne serait pas très indiquée pour un restaurant). D'autres marques célèbres, comme *Walt Disney*, peuvent en fait avoir franchi un écart important entre différentes gammes de produits.

Bien que l'impression ou l'aura que dégage la VEUVE CLICQUOT ne se limite pas nécessairement au champagne et aux articles promotionnels connexes, et *puisse* s'étendre à d'autres produits de luxe, aucun témoin n'a laissé entendre que les consommateurs ordinaires associeraient la marque à des vêtements de gamme intermédiaire pour dames. Ainsi, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la juge de première instance était d'avis « que le facteur clef est la différence considérable entre les marchandises de la demanderesse et celles des défenderesses » et que « [l]es activités de la demanderesse et des défenderesses sont tellement différentes qu'il n'y a aucun risque de confusion chez les consommateurs » (par. 76). Dans son appréciation des facteurs énumérés au par. 6(5), elle pouvait effectivement mettre l'accent sur ce facteur dans le cas particulier qui nous occupe. Le paragraphe 6(2) reconnaît que le consommateur ordinaire plutôt pressé peut être amené à tirer une conclusion erronée « que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale », mais il appartient toujours au tribunal de déterminer si, eu égard à toutes les circonstances, ces consommateurs sont *susceptibles* de le faire dans un cas particulier.

(4) La nature du commerce

Les marchandises des intimées et celles de l'appelante empruntent des voies de commercialisation et de distribution différentes. Les boutiques des intimées ne vendent pas les biens qui, dans l'esprit du public, sont associés directement ou indirectement aux marques de commerce de l'appelante.

(5) Le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent

La juge de première instance a conclu qu'il y avait une ressemblance entre les marques de

despite the usual association of CLICQUOT with VEUVE in the appellant's mark. For confusion to exist, it is not necessary that the trade-marks be identical, only that the "same idea" is sufficiently conveyed to the mind of the somewhat-hurried consumer to induce the mistaken inference.

commerce, en dépit de l'orthographe différente du mot *Cliquot* et de l'association courante du mot CLICQUOT et du mot VEUVE dans la marque de l'appelante. Pour qu'il y ait confusion, il n'est pas nécessaire que les marques de commerce soient identiques, mais seulement qu'elles fassent suffisamment surgir la « même idée » dans l'esprit du consommateur plutôt pressé pour l'amener à tirer une conclusion erronée.

The trial judge held that ordinary consumers would be unlikely to make any mental link between the marks and the respective wares and services of the parties saying that in her view "it is not likely that a consumer would think the plaintiff was affiliated with the defendants or that the plaintiff had granted a third party a licence to allow it to use the distinctive part of its mark in association with a women's clothing store" (para. 76). This finding was critical, because as Professors Gervais and Judge write:

36 La juge de première instance a conclu que les consommateurs ordinaires n'étaient pas susceptibles d'établir mentalement un lien entre les marques et les marchandises et services respectifs des parties et que, d'après elle, « [i]l n'est pas plausible [. . .] qu'un consommateur croirait que la demanderesse était affiliée avec les défenderesses, ou que la demanderesse a octroyé à un tiers une licence pour lui permettre d'employer la partie distinctive de sa marque en association avec l'exploitation d'une boutique de vêtements pour dames » (par. 76). Cette conclusion a été déterminante car, comme l'écrivent les professeurs Gervais et Judge :

> A mark, in other words, is not protected *per se* as an isolated object but rather as an indicator of *source* to distinguish one person's goods (or services) from another person's.
>
> . . .
>
> The *purpose* and the *value* of a mark is the mental link that is created over time in the minds of prospective buyers between a mark and the goods or services of a particular source. [Emphasis in original.]
>
> (D. Gervais and E. F. Judge, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2005), at pp. 189 and 245)

> [TRADUCTION] Autrement dit, une marque n'est pas *en soi* protégée comme un objet distinct, mais plutôt comme un indicateur de la *source* permettant de distinguer les biens (ou les services) d'une personne de ceux d'une autre personne.
>
> . . .
>
> L'*objet* et la *valeur* d'une marque résident dans le lien qui se crée au fil des ans, dans l'esprit des acheteurs éventuels, entre une marque et les marchandises ou services d'une source en particulier. [En italique dans l'original.]
>
> (D. Gervais et E. F. Judge, *Intellectual Property : The Law in Canada* (2005), p. 189 et 245)

No evidence was led of *actual* confusion, and Ms. Abitbol's expert evidence did little to suggest the *likelihood* of confusion. At most, she speculated in possibilities. The evidence before the trial judge established that the VEUVE CLICQUOT mark is famous and casts an aura that is not circumscribed by association with its traditional wine and champagne products. Its broader association with "luxury goods" does not, however,

37 Aucune preuve de confusion *réelle* n'a été produite, et le témoignage d'expert de M^me^ Abitbol ne permet guère de penser qu'il existe une *probabilité* de confusion. Elle a tout au plus avancé des hypothèses. La preuve soumise à la juge de première instance a établi que la marque VEUVE CLICQUOT est célèbre et qu'elle dégage une aura qui ne se limite pas à son association avec ses produits traditionnels, c'est-à-dire le vin et le

create confusion as to source with a chain of mid-priced clothing stores or the products they market. The trial judge concluded that the evidence did not establish confusion, or make a plausible case for expungement of the respondents' marks and, in my view, we have been shown no basis on which to interfere with that conclusion.

B. *Likelihood of Depreciation of the Value of Goodwill*

38 The conclusion that use of the trade-marks "in the same area" would not lead to confusion is not an end to the case. Here, unlike in *Mattel*, there is an additional ground of complaint. Section 22(1) provides:

> **22.** (1) No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

The depreciation argument, while it was treated as something of a poor cousin by the appellant in the courts below, and was not the subject of much evidence, was brought to the fore in this Court in part due to the intervention of INTA. Nothing in s. 22 requires a demonstration that use of both marks in the same geographic area would likely lead to confusion. The appellant need only show that the respondents have made use of marks sufficiently similar to VEUVE CLICQUOT to evoke in a relevant universe of consumers a mental association of the two marks that is likely to depreciate the value of the goodwill attaching to the appellant's mark.

39 The s. 22 remedy was introduced by the 1953 amendments to the *Trade-marks Act*, and was based on the *Report of the Trade Mark Law Revision Committee* (January 1953), chaired by Dr. Harold G. Fox. A member of that committee, Christopher Robinson, Q.C., a leading intellectual property practitioner, wrote by way of explanation:

champagne. Son association plus générale avec les « produits de luxe » ne crée toutefois aucune confusion quant à la source d'une chaîne de boutiques de vêtements de gamme intermédiaire ou des produits qui y sont vendus. La juge de première instance a conclu que la preuve n'avait pas établi l'existence d'une confusion ou de motifs plausibles permettant de radier l'inscription des marques des intimées et j'estime que rien ne nous permet de modifier cette conclusion.

B. *La valeur de l'achalandage est-elle susceptible de diminuer?*

La conclusion selon laquelle l'emploi des marques de commerce « dans la même région » ne créerait pas de confusion ne met pas fin au litige. En l'espèce, à la différence de l'affaire *Mattel*, un autre moyen est invoqué. Le paragraphe 22(1) dispose :

> **22.** (1) Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

Même si l'appelante l'a traité comme un parent pauvre devant les juridictions inférieures et ne l'a guère étayé, l'argument fondé sur la dépréciation a été avancé devant notre Cour, grâce notamment à l'intervention de l'INTA. Rien dans l'art. 22 n'oblige à démontrer que l'emploi des deux marques dans la même région est susceptible de créer de la confusion. L'appelante n'a qu'à prouver que les intimées ont employé des marques dont la ressemblance avec VEUVE CLICQUOT suffit pour établir, dans l'esprit des consommateurs de la population de référence, un lien entre les deux marques qui est susceptible de déprécier l'achalandage attaché à sa marque.

Le recours prévu à l'art. 22 a été créé par les modifications apportées à la *Loi sur les marques de commerce* en 1953, et s'inspire du *Rapport de la Commission de révision de la loi sur les marques de commerce* (janvier 1953), rédigé sous la présidence de M. Harold G. Fox. Monsieur Christopher Robinson, c.r., éminent praticien du droit de la propriété intellectuelle et membre de cette commission, explique ce qui suit :

The trade mark KODAK would be likely to be considerably less valuable to its owner if it were used by others in connection with a wide variety of other wares even if these were so unrelated to photographic equipment that nobody would think that they originated with the trade mark owner.

(C. Robinson, "The Canadian Trade Marks Act of 1954 — A Review of Some of Its Features" (1959), 32 C.P.R. 45, at p. 61)

Dr. Fox himself commented on the new depreciation remedy in the 1956 edition of his text *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (2nd ed. 1956), vol. 1, noting that s. 22 addressed

the depreciation of the value of the goodwill attaching to the trade mark or, expressed in different terms, the dilution of the distinctiveness or unique character of the trade mark. This is quite different from the orthodox type of infringement . . . .

. . . Where a well known trade mark is taken by another for use in association with wares . . . in course of time, and with repeated use, the trade mark diminishes in value just as it diminishes in distinctiveness. [Emphasis added; pp. 507-8.]

In the United States, the House of Representatives reported in 1995 on a similar remedy (labelled "anti-dilution") added by way of amendment to the U.S. *Trademark Act* of 1946 (the *Lanham Trade-Mark Act*, 15 U.S.C.A. §§ 1051 *et seq.*):

The provision is intended to protect famous marks where the subsequent, unauthorized commercial use of such marks by others dilutes the distinctiveness of the mark. . . .

Dilution does not rely upon . . . likelihood of confusion. . . . Rather, it applies when the unauthorized use of a famous mark reduces the public's perception that the mark signifies something unique, singular, or particular.

(*Federal Trademark Dilution Act of 1995*, H.R. Rep. No. 104-374 (1995), reprinted in 1995 U.S.C.C.A.N. 1029, at p. 1030)

[TRADUCTION] La valeur de la marque de commerce KODAK serait susceptible de diminuer beaucoup pour son propriétaire si d'autres personnes employaient cette marque en liaison avec une multitude de marchandises différentes et ce, même si le lien entre ces marchandises et l'équipement photographique était faible au point où personne ne penserait qu'elles proviennent du propriétaire de la marque de commerce.

(C. Robinson, « The Canadian Trade Marks Act of 1954 — A Review of Some of Its Features » (1959), 32 C.P.R. 45, p. 61)

M. Fox a lui-même formulé quelques commentaires à propos du nouveau recours fondé sur la dépréciation dans l'édition, parue en 1956, de son ouvrage *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (2e éd. 1956), vol. 1, signalant que le par. 22 visait 40

[TRADUCTION] la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce ou, autrement dit, la dilution du caractère distinctif ou unique de la marque de commerce. On s'éloigne sensiblement du type d'usurpation traditionnelle . . .

. . . Si une autre personne s'approprie une marque de commerce bien connue pour l'employer en liaison avec des marchandises [. . .] au fil du temps, et à force d'usage, la marque de commerce perd de sa valeur en même temps que son caractère distinctif s'atténue. [Je souligne; p. 507-508.]

Aux États-Unis, la Chambre des représentants a présenté en 1995 un rapport portant sur un recours semblable (qualifié d'« anti-dilution ») introduit par voie de modification à la *Trademark Act* de 1946 (la *Lanham Trade-Mark Act*, 15 U.S.C.A. §§ 1051 et suiv.) : 41

[TRADUCTION] Cette disposition vise à protéger les marques célèbres dont l'emploi commercial non autorisé par d'autres personnes dilue le caractère distinctif. . .

La dilution n'est pas subordonnée à la [. . .] probabilité de confusion. [. . .] Elle s'applique plutôt lorsque l'emploi non autorisé d'une marque célèbre affaiblit la perception du public à l'égard du caractère unique, singulier ou particulier de la marque.

(*Federal Trademark Dilution Act of 1995*, H.R. Rep. No. 104-374 (1995), reproduit dans 1995 U.S.C.C.A.N. 1029, p. 1030)

42 While the text of the U.S. *Lanham Trade-Mark Act* is different from s. 22, the following comment in the American Restatement also provides sensible guidance:

> [I]n apparent recognition that broad interpretation of the statutes would undermine the balance between private and public rights reflected in the traditional limits of trademark protection, the courts have continued to confine the cause of action for dilution to cases in which the protectable interest is clear and the threat of interference is substantial.
>
> (*Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25 cmt. *b* (1995))

43 In 2003, the U.S. Supreme Court denied the anti-dilution remedy to *Victoria's Secret*, the women's lingerie chain, which had sued *VICTOR'S LITTLE SECRET*, an adult novelty store selling "tawdry merchandise": *Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (2003). Under the federal Act, as it then stood, proof of actual harm rather than just likelihood (as under our Act) was required. The court commented however that

> at least where the marks at issue are not identical, the mere fact that consumers mentally associate the junior user's mark with a famous mark is not sufficient to establish actionable dilution. . . . "Blurring" is not a necessary consequence of mental association. (Nor for that matter, is "tarnishing.") [pp. 433-34]

Equally, in my opinion, a mental association of the two marks does not, under s. 22, necessarily give rise to a likelihood of depreciation. (A bill in the U.S. to reduce the threshold to likelihood has been enacted by Congress and awaits the President's signature. See *Trademark Dilution Revision Act of 2006*, H.R. 683, 109th Cong. (2006).)

44 A similar anti-dilution remedy is also contemplated by arts. 4 and 5 of the First Council Directive of the European Communities (89/104/

Bien que le libellé de la *Lanham Trade-Mark Act* diffère de celui de l'art. 22, le commentaire suivant, figurant dans le *Restatement* américain, fournit aussi des indications judicieuses :

> [TRADUCTION] [R]econnaissant apparemment qu'une interprétation large de la législation compromettrait l'équilibre entre les droits privés et les droits publics dont s'inspirent les limites traditionnelles de la protection des marques de commerce, les tribunaux continuent de limiter le recours pour dilution aux cas où l'intérêt susceptible d'être protégé est manifeste et où la menace d'empiètement est importante.
>
> (*Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25 cmt. *b* (1995))

En 2003, la Cour suprême des États-Unis a rejeté le recours anti-dilution intenté par *Victoria's Secret*, la chaîne de lingerie pour femmes, qui avait poursuivi *VICTOR'S LITTLE SECRET*, une boutique pour adultes vendant du « clinquant » : *Moseley c. V Secret Catalogue, Inc.*, 537 U.S. 418 (2003). Selon la loi fédérale alors en vigueur, l'existence d'un préjudice réel, et non d'une simple probabilité (comme le veut notre loi) devait être établie. La cour a toutefois formulé l'observation suivante :

> [TRADUCTION] . . . à tout le moins, dans le cas où les marques ne sont pas identiques, le simple fait que le consommateur associe dans son esprit la marque du nouvel utilisateur avec une marque célèbre ne suffit pas pour fonder une cause d'action pour dilution. [. . .] Une association mentale n'emporte pas nécessairement l'« affaiblissement » (non plus, à vrai dire, que le « ternissement ») d'une marque. [p. 433-434]

De même, j'estime que le fait d'associer mentalement les deux marques ne crée pas nécessairement une probabilité de dépréciation au sens de l'art. 22. (Aux États-Unis, un projet de loi visant à abaisser le critère minimal au niveau de la probabilité a été adopté par le Congrès et attend la signature du président. Voir la *Trademark Dilution Revision Act of 2006*, H.R. 683, 109th Cong. (2006).)

Un tel recours anti-dilution est prévu aux art. 4 et 5 de la Première directive du Conseil des Communautés européennes (89/104/CEE) du

EEC) dated December 21, 1988 and implemented for the European Union through Council Regulation (EC) No. 40/94 dated December 20, 1993. Called an "anti-detriment" remedy in the United Kingdom, it is found in ss. 5 and 10 of the *Trade Marks Act 1994* (U.K.), 1994, c. 26. The courts in the United Kingdom have been sparing in their award of this remedy, as is illustrated by *Mastercard International Inc. v. Hitachi Credit (UK) Plc*, [2004] EWHC 1623 (Ch.) (confirming the dismissal of Mastercard's opposition to the trademark Credit Master for a credit card); *Pebble Beach Co. v. Lombard Brands Ltd.*, [2002] S.L.T. 1312, [2002] ScotCS 265 (refusing to grant a preliminary injunction against whisky makers using the trademark "Pebble Beach" when the owners of the famous American golf course claimed these marks were detrimental to their own); *DaimlerChrysler AG v. Alavi*, [2001] R.P.C. 42, [2000] EWHC Ch 37 (where the court rejected the claim of Mercedes-Benz against the defendant's MERC trade marks, used in association with a clothing and shoe business), and *Baywatch Production Co. v. Home Video Channel*, [1997] F.S.R. 22 (Ch.) (where the court found that the broadcasting of "Babewatch", which contained sexually explicit material, was not detrimental to the "Baywatch" trade mark).

21 décembre 1988, mise en œuvre dans l'Union européenne par le Règlement (CE) nº 40/94 du 20 décembre 1993. Au Royaume-Uni, ce recours qualifié de recours « *anti-detriment* » (anti-préjudice) est prévu aux art. 5 et 10 de la *Trade Marks Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 26. Les tribunaux du Royaume-Uni n'accueillent pas de tels recours à la légère, comme en témoignent les décisions *Mastercard International Inc. c. Hitachi Credit (UK) Plc*, [2004] EWHC 1623 (Ch.) (confirmant le rejet de l'opposition de Mastercard à la marque de commerce Credit Master en liaison avec une carte de crédit); *Pebble Beach Co. c. Lombard Brands Ltd.*, [2002] S.L.T. 1312, [2002] ScotCS 265 (refusant d'imposer une injonction provisoire à des fabricants de whisky qui utilisaient la marque de commerce « Pebble Beach » alors que les propriétaires du célèbre terrain de golf américain prétendaient que ces marques nuisaient à leur propre marque); *DaimlerChrysler AG c. Alavi*, [2001] R.P.C. 42, [2000] EWHC Ch 37 (où le tribunal a rejeté l'action intentée par Mercedes-Benz contre la défenderesse relativement à ses marques de commerce MERC employées en liaison avec une entreprise de vêtements et de chaussures) et *Baywatch Production Co. c. Home Video Channel*, [1997] F.S.R. 22 (Ch.) (où le tribunal a conclu que la diffusion de l'émission « Babewatch », qui contenait des scènes de sexualité explicite, ne nuisait pas à la marque de commerce « Baywatch »).

The depreciation or anti-dilution remedy is sometimes referred to as a "super weapon" which, in the interest of fair competition, needs to be kept in check. In his leading six-volume U.S. treatise on trademark law, Professor J. T. McCarthy writes in terms that, substituting depreciation for dilution, are directly applicable to this case:

45

Le recours fondé sur la dépréciation ou sur la dilution de la marque est parfois qualifié de « superarme », qui doit être encadrée pour favoriser une juste concurrence. Dans son important traité en six volumes sur le droit états-unien des marques de commerce, le professeur J. T. McCarthy écrit, dans des termes qui s'appliquent directement à l'espèce, si l'on remplace le mot dilution par le mot dépréciation :

Even the probability of dilution should be proven by evidence, not just by theoretical assumptions about what possibly could occur or might happen. . . . the courts should separate any anti-dilution claim into its discrete

[TRADUCTION] Même la probabilité de la dilution devra être établie par des éléments de preuve, et non pas seulement par des théories sur ce qui pourrait peut-être se produire ou sur ce qui pourrait arriver [. . .] le tribunal

elements and rigorously require a showing of proof of those elements.

(*McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4 (4th ed. (loose-leaf), § 24:67.1, at p. 24-136)

46 Section 22 of our Act has received surprisingly little judicial attention in the more than half century since its enactment. It seems that where marks are used in a confusing manner the preferred remedy is under s. 20. Equally, where there is no confusion, claimants may have felt it difficult to establish the likelihood that depreciation of the value of the goodwill would occur. Be that as it may, the two statutory causes of action are conceptually quite different. Section 22 has four elements. Firstly, that a claimant's registered trade-mark was used by the defendant in connection with wares or services — whether or not such wares and services are competitive with those of the claimant. Secondly, that the claimant's registered trade-mark is sufficiently well known to have significant goodwill attached to it. Section 22 does not require the mark to be well known or famous (in contrast to the analogous European and U.S. laws), but a defendant cannot depreciate the value of the goodwill that does not exist. Thirdly, the claimant's mark was used in a manner *likely* to have an effect on that goodwill (i.e. linkage) and fourthly that the *likely* effect would be to depreciate the value of its goodwill (i.e. damage). I will address each element in turn.

(1) Use of the Claimant's Registered Mark

47 "Use" is defined in s. 4 of the Act as follows:

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal

[. . .] doit séparer l'action anti-dilution en ses éléments distincts et exiger rigoureusement que chacun d'eux soit prouvé.

(*McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4 (4e éd. (feuilles mobiles), § 24:67.1, p. 24-136)

Étonnamment, l'art. 22 de notre Loi n'a guère retenu l'attention des tribunaux judiciaires depuis son adoption, il y a une cinquantaine d'années. Apparemment, lorsque l'emploi de plusieurs marques crée de la confusion, le recours privilégié est celui fondé sur l'art. 20. Par ailleurs, en l'absence de confusion, les demandeurs estiment peut-être difficile d'établir que l'achalandage est susceptible de se déprécier. Quoi qu'il en soit, ces deux causes d'action prévues par la Loi sont très différentes sur le plan conceptuel. L'article 22 comporte quatre éléments. Premièrement, la marque de commerce déposée de la demanderesse a été employée par la défenderesse en liaison avec des marchandises ou services — peu importe que ces marchandises ou services entrent en concurrence avec ceux de la demanderesse. Deuxièmement, la marque de commerce déposée de la demanderesse est suffisamment connue pour que l'achalandage qui y est attaché soit appréciable. L'article 22 n'exige pas que la marque soit connue ou célèbre (contrairement aux lois européennes et américaines analogues), mais une défenderesse ne peut faire diminuer la valeur d'un achalandage qui n'existe pas. Troisièmement, la marque de la demanderesse a été employée d'une manière *susceptible* d'avoir une incidence sur cet achalandage (c.-à-d. de faire surgir un lien) et, quatrièmement, cette incidence sera *probablement* la diminution de la valeur de l'achalandage (c.-à-d. un préjudice). J'examinerai successivement chacun de ces éléments.

(1) Emploi de la marque déposée de la demanderesse

Le terme « emploi » est défini de la façon suivante à l'art. 4 de la Loi :

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises,

course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

. . .

The appellant acknowledges that the respondents never used its registered trade-marks as such, but says that use of the word *Cliquot* conveys the idea. I agree it was no defence that *Cliquot* is differently spelled. If the casual observer would recognize the mark used by the respondents as the mark of the appellant (as would be the case if *Kleenex* were spelled *Klenex*), the use of a misspelled *Cliquot* would suffice. The requirements of s. 22 have to be interpreted in light of its remedial purpose. As Dr. Fox noted, albeit in relation to infringement:

. . . in the course of use[r] of a trade mark the purch[a]sing public may come to regard something that does not constitute the whole of the registered trade mark as being the distinguishing feature, and it is therefore possible . . . only that portion of [the registered trademark] that consists of the name of the owner will commend itself to them as the distinguishing feature.

(H. G. Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3rd ed. 1972), at p. 376. See now K. Gill and R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4th ed. (loose-leaf)), at p. 8-49.)

The appellant led evidence that "Clicquot" was the distinguishing feature of the VEUVE CLICQUOT mark. This was accepted by the trial judge; however, she went on to hold:

In my view a consumer who saw the word "Cliquot" used in the defendants' stores would not make any link or connection to the [plaintiff's mark]. [para. 96]

dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services.

. . .

48 L'appelante reconnaît que les intimées n'ont jamais employé ses marques de commerce déposées comme telles, mais elle affirme que l'emploi du mot *Cliquot* en transmet l'idée. Je conviens que l'orthographe différente de *Cliquot* ne pouvait être opposée comme moyen de défense. Si le simple observateur pouvait reconnaître la marque employée par les intimées comme celle de l'appelante (comme ce serait le cas si *Kleenex* était orthographié *Klenex*), l'emploi du mot *Cliquot* mal orthographié serait suffisant. Il faut interpréter les exigences de l'art. 22 en tenant compte de son objet réparateur. Comme l'a souligné M. Fox, au sujet toutefois de l'usurpation :

[TRADUCTION] . . . dans le cadre de l'emploi d'une marque de commerce, le public acheteur peut arriver à considérer qu'une chose, qui ne représente pas l'ensemble de la marque de commerce déposée, en constitue l'élément distinctif, et il est donc possible [. . .] que seule la partie de [la marque déposée] que constitue le nom du propriétaire s'impose à lui comme l'élément distinctif.

(H. G. Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3e éd. 1972), p. 376. Voir maintenant K. Gill et R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 8-49.)

49 L'appelante a présenté des éléments de preuve établissant que « Clicquot » était l'élément distinctif de la marque VEUVE CLICQUOT. Cette preuve a été retenue par la juge de première instance, qui a néanmoins conclu :

Selon moi, un consommateur, ayant vu le mot « Cliquot » utilisé dans les boutiques des défenderesses, ne fera aucun lien ou connexion avec la [marque de la demanderesse]. [par. 96]

This, it seems to me, is the critical finding which the appellant must overcome if its appeal is to succeed. Without such a link, connection or mental association in the consumer's mind between the respondents' display and the VEUVE CLICQUOT mark, there can be no depreciation of the latter. As Professor McCarthy writes:

> . . . if a reasonable buyer is not at all likely to think of the senior user's trademark in his or her own mind, even subtly or subliminally, then there can be no dilution. That is, how can there be any "whittling away" if the buyer, upon seeing defendant's mark, would never, even unconsciously, think of the plaintiff's mark? So the dilution theory presumes *some kind of mental association* in the reasonable buyer's mind between the two parties and the mark. [Footnote omitted; emphasis in original; § 24:70, at p. 24-143.]

The appellant's s. 22 claim fails at the first hurdle.

(2) Proof of Goodwill

50 Goodwill is not defined in the Act. In ordinary commercial use, it connotes the positive association that attracts customers towards its owner's wares or services rather than those of its competitors. In *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, at p. 108, this Court adopted the following definition of "goodwill":

> "Goodwill" is a word sometimes used to indicate a ready formed connection of customers whose custom is of value because it is likely to continue. But in its commercial sense the word may connote much more than this. It is, as Lord Macnaghten observed in *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.*, [1901] A.C. 217, 224, "the attractive force which brings in custom," and it may reside, not only in trade connections, but in many other quarters, such as particular premises, long experience in some specialised sphere, or the good repute associated with a name or mark. It is something generated by effort that adds to the value of the business. [Emphasis added.]

(Quoting Lord MacDermott L.C.J. in *Ulster Transport Authority v. James Brown and Sons Ltd.*, [1953] N.I. 79, at pp. 109-10)

Il s'agit, me semble-t-il, de la conclusion essentielle que l'appelante doit réfuter pour avoir gain de cause. Sans un tel lien, connexion ou association dans l'esprit du consommateur entre la marque affichée par les intimées et la marque VEUVE CLICQUOT, il ne peut y avoir dépréciation de cette dernière. Comme l'écrit le professeur McCarthy :

> [TRADUCTION] . . . s'il est impossible qu'un acheteur raisonnable puisse penser à la marque de commerce de son premier utilisateur, ne serait-ce que de manière subtile ou subliminale, il ne peut alors y avoir dilution. Cela étant, comment la marque peut-elle « s'éroder » s'il est totalement exclu que l'acheteur, à la vue de la marque de la défenderesse, pense même inconsciemment à la marque de la demanderesse? La théorie de la dilution suppose donc *qu'une sorte de lien* s'établit, dans l'esprit de l'acheteur raisonnable, entre les deux parties et la marque. [Note de bas de page omise; italiques dans l'original; § 24:70, p. 24-143.]

La demande de l'appelante fondée sur l'art. 22 ne satisfait pas à la première exigence.

(2) Preuve de l'achalandage

La Loi ne définit pas l'achalandage. Dans son sens commercial ordinaire, ce terme s'entend de l'association positive qui attire les consommateurs vers les marchandises ou services du propriétaire de la marque plutôt que vers ceux de ses concurrents. Dans *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, p. 108, la Cour a adopté la définition suivante du terme « achalandage » :

> [TRADUCTION] « Achalandage » est un terme utilisé parfois pour désigner une clientèle toute prête, dont la valeur réside dans ses fortes chances de continuité. Mais, dans son sens commercial, le terme peut signifier beaucoup plus que cela. Comme le fait observer lord Macnaghten, dans *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine Ltd.*, [1901] A.C. 217, 224, il est « la force attractive qui amène la clientèle » et peut consister non seulement en contacts commerciaux mais aussi en bien d'autres choses telles que : des locaux particuliers, une longue expérience dans une sphère spécialisée ou une bonne réputation en liaison avec un nom commercial ou une marque de commerce. Il est en quelque sorte forgé par l'effort qui ajoute à la valeur de l'entreprise. [Je souligne.]

(Citant le lord juge en chef MacDermott dans *Ulster Transport Authority c. James Brown and Sons Ltd.*, [1953] N.I. 79, p. 109-110)

In *Lindley & Banks on Partnership* (18th ed. 2002), the expression "goodwill", when applied to a business, "is generally used to denote the benefit arising from connection and reputation; and its value is what can be got for the chance of being able to keep that connection and improve it" (p. 241).

Dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* (18e éd. 2002), l'expression « achalandage », lorsqu'elle est employée dans son sens commercial, [TRADUCTION] « est généralement utilisée pour désigner l'avantage découlant des liens établis et de la réputation acquise, et sa valeur équivaut à ce que peut rapporter la possibilité de maintenir ces liens et de les renforcer » (p. 241). 51

In *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 Ex. C.R. 552, Thurlow J. adopted the following definition of goodwill attaching to a trade-mark at p. 573:

Dans *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co.*, [1968] 2 R.C. de l'É. 552, le juge Thurlow a adopté la définition suivante de l'achalandage attaché à une marque de commerce, à la p. 573 : 52

[T]he goodwill attaching to a trade mark is I think that portion of the goodwill of the business of its owner which consists of the whole advantage, whatever it may be, of the reputation and connection, which may have been built up by years of honest work or gained by lavish expenditure of money and which is identified with the goods distributed by the owner in association with the trade mark.

[TRADUCTION] [L]'achalandage attaché à une marque de commerce est la partie de l'achalandage de l'entreprise de son propriétaire qui consiste dans l'ensemble des avantages, quels qu'ils soient, tirés de la réputation et des liens que l'entreprise a établis par des années de labeur honnête ou au prix de dépenses considérables, et qui est identifiée aux biens distribués par le propriétaire en liaison avec la marque de commerce.

Section 22 presupposes the existence of significant goodwill capable of being depreciated by a non-confusing use. In the United States the "dilution" remedy requires proof that the mark is "famous", a concept that generally requires proof that the fame (and goodwill) of the mark transcends the wares or services with which the mark is usually associated. As the American Restatement notes: 53

L'article 22 présuppose l'existence d'un achalandage appréciable dont la valeur est susceptible de diminuer par suite d'un emploi qui ne crée pas de confusion. Aux États-Unis, le recours antidilution exige la preuve de la « célébrité » de la marque, concept qui exige généralement qu'il soit établi que sa célébrité (comme l'achalandage) transcende les marchandises ou services auxquels elle est habituellement associée. Comme le signale judicieusement le *Restatement* américain :

As a general matter, a trademark is sufficiently distinctive to be diluted by a nonconfusing use if the mark retains its source significance when encountered outside the context of the goods or services with which the mark is used by the trademark owner.

[TRADUCTION] En général, une marque de commerce est suffisamment distinctive pour être diluée par un emploi qui ne crée pas de confusion si elle évoque toujours sa source lorsqu'elle est utilisée en dehors du contexte des marchandises ou services en liaison avec lesquels son propriétaire l'emploie.

(*Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25 cmt. *e* (1995))

(*Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25 cmt. *e* (1995))

While "fame" is not a requirement of s. 22, a court required to determine the existence of goodwill capable of depreciation by a "non-confusing" use (as here) will want to take that approach into consideration, as well as more general factors such as the degree of recognition of the mark within the 54

Bien que l'art. 22 n'exige pas la preuve de la « célébrité », le tribunal appelé à déterminer s'il existe un achalandage susceptible d'être déprécié par un emploi qui ne crée pas de confusion (comme en l'espèce) tiendra compte de cet élément, comme de facteurs plus généraux tels le

relevant universe of consumers, the volume of sales and the depth of market penetration of products associated with the claimant's mark, the extent and duration of advertising and publicity accorded the claimant's mark, the geographic reach of the claimant's mark, its degree of inherent or acquired distinctiveness, whether products associated with the claimant's mark are confined to a narrow or specialized channel of trade, or move in multiple channels, and the extent to which the mark is identified with a particular quality. See generally F. W. Mostert, *Famous and Well-Known Marks: An International Analysis* (1997), at pp. 11-15; INTA, *Protection of Well-Known Marks In the European Union, Canada and the Middle East* (October 2004).

55 Applying the foregoing criteria, there is clearly considerable goodwill attaching to the VEUVE CLICQUOT mark that extends beyond wine and champagne. Ms. Abitbol so testified and the trial judge proceeded on that basis. The live issues here are the last two of the four s. 22 elements, namely the likelihood of linkage and the likelihood of depreciation.

(3) The Likely Connection or Linkage Made by Consumers Between the Claimant's Goodwill and the Defendants' Use

56 As already mentioned, the appellant's expert Ms. Abitbol failed to provide much assistance on this point. On the evidence before her, the trial judge found that "[i]n my view a consumer who saw the word 'Cliquot' used in the defendants' stores would not make any link or connection to the plaintiff" (para. 96). If the somewhat-hurried consumer does not associate what is displayed in the respondents' stores with the mark of the venerable champagne maker, there can be no impact — positive or negative — on the goodwill attached to VEUVE CLICQUOT.

degré de reconnaissance de la marque par les consommateurs de la population de référence, le volume des ventes et le degré de pénétration du marché des produits associés à la marque de la demanderesse, l'étendue et la durée de la publicité accordée à la marque de la demanderesse, sa portée géographique, l'importance de son caractère distinctif inhérent ou acquis, le fait que les produits associés à la marque de la demanderesse soient confinés à une voie de commercialisation restreinte ou spécialisée ou qu'ils empruntent des voies multiples, ainsi que la mesure dans laquelle les marques sont perçues comme un gage de qualité. Voir en général F. W. Mostert, *Famous and Well-Known Marks : An International Analysis* (1997), p. 11-15; INTA, *Protection of Well-Known Marks In the European Union, Canada and the Middle East* (octobre 2004).

Selon les critères qui précèdent, un achalandage considérable est de toute évidence attaché à la marque VEUVE CLICQUOT, qui va au-delà du vin et du champagne. C'est ce que M^me^ Abitbol a déclaré et c'est sur ce fondement que la juge de première instance a examiné l'affaire. En l'espèce, les points en litige sont les deux derniers éléments de l'art. 22, soit la probabilité qu'un lien sera établi et la probabilité de dépréciation.

(3) Un lien entre l'achalandage de la demanderesse et l'emploi par la défenderesse est-il susceptible d'être établi par les consommateurs?

Comme cela a déjà été mentionné, le témoignage d'expert de M^me^ Abitbol, présenté par l'appelante, n'a pas été très utile sur ce point. À partir de la preuve qui lui a été soumise, la juge de première instance a conclu : « Selon moi, un consommateur, ayant vu le mot "Cliquot" utilisé dans les boutiques des défenderesses, ne fera aucun lien ou connexion avec la demanderesse » (par. 96). Si le consommateur plutôt pressé n'associe pas la marque affichée dans les boutiques des intimées à la marque du vénérable producteur de champagne, il ne peut y avoir d'incidence — positive ou négative — sur l'achalandage attaché à VEUVE CLICQUOT.

The appellant seeks to have the Court assume in its favour the issue of linkage or mental association, or at least to reverse the onus onto the respondents. For example, in its reply factum the appellant states:

[TRANSLATION] The association of a luxury mark with products of lesser quality than those traditionally associated with this sector has the effect of undermining the reputation and credibility of the luxury mark. [para. 12]

Similarly, in its Notice of Appeal to the Federal Court of Appeal, the appellant stated:

[TRANSLATION] . . . the respondents' use of the CLIQUOT mark in circumstances beyond the appellant's control [once CLIQUOT is characterized as a "unique" mark] necessarily has the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto. [Emphasis added.]

Before the Federal Court of Appeal, the appellant argued:

[TRANSLATION] The respondents' use of the distinctive part of the trade-marks registered by the appellant, namely the CLIQUOT mark, which, moreover, has been characterized as being well known and unique, can have no effect other than to depreciate the value of the goodwill attaching to it. [Emphasis added.]

The appellant's expert Ms. Abitbol made no such sweeping assertion, and the evidence of Mr. Simard on this point was ruled inadmissible.

"Likelihood" is a matter of evidence not speculation. Both the appellant and its supportive intervener ask the Court to proceed as if s. 22 read:

22. (1) No person shall use a [famous] trade-mark registered by another person [because to do so] is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

Given the variable content and market power of "famous marks", no such generalization is possible and Parliament did not so enact. The appellant therefore failed to establish the third element of the s. 22 test as well.

L'appelante demande à la Cour de présumer en sa faveur l'établissement d'un lien ou une association mentale, ou du moins de faire porter aux intimées le fardeau de la preuve. Par exemple, elle déclare dans son mémoire en réplique : 57

Le fait d'associer une marque de luxe à des produits qui n'ont pas la qualité de ceux traditionnellement associés à ce secteur fait en sorte de miner la réputation et la crédibilité d'une marque de luxe. [par. 12]

De même, elle a déclaré ce qui suit dans son avis d'appel déposé à la Cour d'appel fédérale :

. . . l'emploi de la marque CLIQUOT par les intimées, dans des circonstances que l'appelante ne contrôle pas, [une fois CLIQUOT qualifiée de marque « unique »] doit nécessairement avoir pour effet d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce. [Je souligne.]

Devant la Cour d'appel fédérale, l'appelante a soutenu ceci : 58

L'emploi de la partie distinctive des marques déposées par l'appelante, soit la marque CLIQUOT, par les intimées, marque par ailleurs qualifiée de célèbre et unique, ne peut avoir pour effet que d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage y attaché. [Je souligne.]

Sur ce point, l'experte de l'appelante, M^me^ Abitbol, n'a fait rien de plus qu'une déclaration générale, et le témoignage de M. Yves Simard a été jugé inadmissible. 59

La « probabilité » est une question de preuve, non de spéculation. L'appelante et l'intervenante qui l'appuie ont demandé à la Cour de procéder comme si l'art. 22 était rédigé ainsi : 60

22. (1) Nul ne peut employer une marque de commerce [célèbre] déposée par une autre personne [parce qu'un tel emploi est] susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

Vu la composition et le pouvoir commercial variables des « marques célèbres », une telle généralisation n'est pas possible et n'a pas été édictée par le législateur. L'appelante n'a donc pas non plus réussi à établir le troisième élément du critère d'application de l'art. 22. 61

(4) The Likelihood of Depreciation

62 The appellant's witnesses established, as stated, that VEUVE CLICQUOT is a famous mark and that significant goodwill is attached to it in the luxury goods trade.

63 The word "depreciate" is used in its ordinary dictionary meaning of "lower the value of" as well as to "disparage, belittle, underrate": *New Shorter Oxford English Dictionary* (5th ed. 2002), at p. 647. In other words, disparagement is a possible source of depreciation, but the value can be lowered in other ways, as by the lesser distinctiveness that results when a mark is bandied about by different users. Although the appellant makes much of the licencing provisions in the Act, the fact is that a trade-mark owner can depreciate its value by spreading the mark too thinly over too many products of differing quality. Ms. Abitbol gave the example of Pierre Cardin which she said had moved down market through overuse of licencing and expanding the range and variety of different products carrying its name, which had led to a loss of distinctiveness, prestige and credibility.

64 The U.S. law speaks of the reduction of the capacity of a "famous" mark to identify the goods of its owner, not loss of goodwill. Nevertheless, while U.S. cases must be read with its different wording in mind, they provide some useful elucidation of relevant concepts. For example, the notions of the "blurring" of the brand image evoked by the trademark, or of its positive associations, or a "whittling away" of its power to distinguish the products of the claimant and attract consumers, were noted by the U.S. 9th Circuit in 2002:

> Dilution works its harm not by causing confusion in consumers' minds regarding the source of a good or service, but by creating an association in consumers'

(4) L'achalandage est-il susceptible d'être déprécié?

Comme nous l'avons vu, les témoins de l'appelante ont établi que VEUVE CLICQUOT est une marque célèbre et qu'un achalandage appréciable y est attaché dans le commerce des biens de luxe.

Le terme « déprécier » est employé dans son sens lexicographique ordinaire, soit « diminuer la valeur [. . .] de », ainsi que « dénigrer, [. . .] mésestimer, rabaisser » : *Le Nouveau Petit Robert* (2004), p. 698. Autrement dit, le dénigrement est une source possible de dépréciation, mais la valeur peut être diminuée autrement, comme par l'affaiblissement du caractère distinctif résultant de l'emploi de la marque tour à tour par différents usagers. Bien que l'appelante accorde beaucoup d'importance aux dispositions de la Loi régissant les licences, le fait est que le propriétaire de la marque peut en faire diminuer la valeur en l'étendant à l'excès à des produits de qualité variable. M^me^ Abitbol a cité l'exemple de Pierre Cardin dont le déclin sur le marché aurait été causé par un octroi excessif de licences et par une augmentation du nombre et de la diversité des produits portant son nom, d'où la perte de son caractère distinctif, de son prestige et de sa crédibilité.

Le droit états-unien traite de la réduction de la capacité d'une marque « célèbre » de distinguer les marchandises de son propriétaire, et non de la perte d'achalandage. Or, même si la jurisprudence états-unienne doit être lue en gardant à l'esprit qu'elle fait appel à une terminologie différente, elle fournit néanmoins certaines explications utiles sur des concepts pertinents. Par exemple, les notions d'« affaiblissement » de l'image de marque dégagée par la marque de commerce, ou de ses associations positives, ou d'« érosion » de la capacité d'une marque de distinguer les produits de la demanderesse et d'attirer les consommateurs, ont fait l'objet des observations suivantes par le U.S. 9th Circuit en 2002 :

> [TRADUCTION] La dilution fait du tort, non pas parce qu'elle crée de la confusion dans l'esprit des consommateurs relativement à la source d'un bien ou d'un service,

minds between a mark and a different good or service. [Emphasis added.]

(*Playboy Enterprises, Inc. v. Welles*, 279 F.3d 796, at para. 16)

A Massachusetts court, dealing with the case of a local restaurant that called itself TIFFANY, noted the risk of erosion of the public's identification of the mark *uniquely* with the plaintiff's jewellery and luxury business, thus diminishing its distinctiveness, uniqueness, effectiveness and prestigious connotations: *Tiffany & Co. v. Boston Club, Inc.*, 231 F. Supp. 836 (D. Mass. 1964), at p. 844. See also *Polaroid Corp. v. Polaraid, Inc.*, 319 F.2d 830 (7th Cir. 1963), and *Exxon Corp. v. Exxene Corp.*, 696 F.2d 544 (7th Cir. 1982), at p. 550.

Disparagement or tarnishing of the trade-mark can arise where a defendant creates negative association for the mark (as Thurlow J. considered was the case in *Clairol International*). The pornographic film business in the United States has generated numerous examples of tarnishment, including *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979), at p. 203 (negative portrayal of Dallas Cowboys Cheerleaders), and *Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Manns Theatres*, 195 U.S.P.Q. 159 (C.D. Cal. 1976) (negative portrayal of Tarzan). Similarly, see *Mattel Inc. v. Jcom Inc.*, 48 U.S.P.Q.2d 1467 (S.D.N.Y. 1998) (defendant's website called "Barbie's Playhouse" displayed a woman who offered to engage in a sexually explicit video conference); *Toys "R" Us Inc. v. Akkaoui*, 40 U.S.P.Q.2d 1836 (N.D. Cal. 1996) (where "Adults R Us" offered a line of sexual products), and *Anheuser-Busch Inc. v. Andy's Sportswear Inc.*, 40 U.S.P.Q.2d 1542 (N.D. Cal. 1996) (defendant offered "Buttwiser" t-shirts).

These references to U.S. cases are made for the purpose of illustration. Our Act is differently worded and I do not suggest that the concept of "depreciation" in s. 22 is necessarily limited to the notions of blurring and tarnishment. Canadian

mais parce qu'elle crée, dans leur esprit, une association entre une marque et un bien ou service différent. [Je souligne.]

(*Playboy Enterprises, Inc. c. Welles*, 279 F.3d 796, par. 16)

65 Saisi d'une affaire concernant un restaurant local ayant pris le nom de TIFFANY, une cour du Massachusetts a constaté qu'il existait un risque d'érosion de la capacité du public d'associer *uniquement* cette marque au commerce de bijoux et de produits de luxe de la demanderesse, ce qui en diminuait le caractère distinctif et exclusif, l'efficacité et le prestige : *Tiffany & Co. c. Boston Club, Inc.*, 231 F. Supp. 836 (D. Mass. 1964), p. 844. Voir aussi *Polaroid Corp. c. Polaraid, Inc.*, 319 F.2d 830 (7th Cir. 1963), et *Exxon Corp. c. Exxene Corp.*, 696 F.2d 544 (7th Cir. 1982), p. 550.

66 Le dénigrement ou le ternissement de la marque peuvent survenir lorsqu'un défendeur crée une association négative avec la marque (comme l'avait conclu le juge Thurlow dans *Clairol International*). Aux États-Unis, l'industrie du cinéma pornographique offre de nombreux exemples de ternissement, dont *Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. c. Pussycat Cinema, Ltd.*, 604 F.2d 200 (2d Cir. 1979), p. 203 (portrait négatif des meneuses de claque des Cowboys de Dallas), et *Edgar Rice Burroughs, Inc. c. Manns Theatres*, 195 U.S.P.Q. 159 (C.D. Cal. 1976) (portrait négatif de Tarzan). Voir également *Mattel Inc. c. Jcom Inc.*, 48 U.S.P.Q.2d 1467 (S.D.N.Y. 1998) (le site Web de la défenderesse, appelé « Barbie's Playhouse », montrait une femme qui offrait la possibilité de participer à une vidéo conférence sexuellement explicite); *Toys "R" Us Inc. c. Akkaoui*, 40 U.S.P.Q.2d 1836 (N.D. Cal. 1996) (où « Adults R Us » offrait une gamme de produits à caractère sexuel), et *Anheuser-Busch Inc. c. Andy's Sportswear Inc.*, 40 U.S.P.Q.2d 1542 (N.D. Cal. 1996) (défenderesse offrant des tee-shirts portant l'inscription « Buttwiser »).

67 Ces renvois à la jurisprudence états-unienne servent à illustrer notre propos. Notre loi est libellée différemment et je ne prétends pas que le concept de « dépréciation » à l'art. 22 se limite nécessairement aux notions d'affaiblissement ou de

courts have not yet had an opportunity to explore its limits. Nevertheless, the key question remains. Acknowledging that the VEUVE CLICQUOT trade-mark carries an aura beyond its particular products, and that the extended aura carries significant goodwill, in what way is the value of that goodwill likely to be diminished by the respondents' "use" (if use there be) of the appellant's registered trade-mark? Acceptance of the argument that depreciation *could* occur, is not acceptance of the assertion that on the facts of this case depreciation is *likely* to occur, still less that depreciation *did* occur. The appellant need only prove *likelihood* but there is nothing in the evidentiary record from which likelihood could be inferred.

ternissement. Les tribunaux judiciaires canadiens n'ont pas encore eu l'occasion d'explorer les limites de cette disposition. Néanmoins, la question principale demeure. En admettant que la marque de commerce VEUVE CLICQUOT dégage une aura qui va au-delà de ses produits particuliers, et que cette aura étendue génère un achalandage appréciable, de quelle façon la valeur de cet achalandage est-elle susceptible de diminuer par suite de l'« emploi » par les intimées (si emploi il y a) de la marque déposée de l'appelante? Reconnaître qu'il *pourrait* y avoir dépréciation n'équivaut pas à retenir la prétention qu'une dépréciation est *susceptible* de survenir, compte tenu des faits de l'espèce, et encore moins qu'il y a *effectivement* eu dépréciation. Il suffirait que l'appelante prouve qu'une dépréciation est *susceptible* de se produire, mais aucun élément de preuve ne permet de conclure qu'il en est ainsi.

68 The trial judge concluded that the casual consumer, on the evidence, would not associate the name of the respondents' stores with the house of VEUVE CLICQUOT, whose mark would continue to distinguish without depreciation the famous French champagne. The goodwill would remain intact. There would be no negative perceptions to tarnish its positive aura.

La juge de première instance a conclu, au vu de la preuve, que le consommateur ordinaire n'associerait pas le nom des boutiques des intimées à la maison VEUVE CLICQUOT, dont la marque continuerait à distinguer le célèbre champagne français, sans dépréciation. L'achalandage resterait intact. Aucune perception négative ne viendrait ternir son aura positive.

69 I am mindful of the fact that the parties agreed to an order under Rule 153 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, relieving them of any need to call evidence as to "damages and accounting of profits flowing from any infringement alleged in this case", and directing a reference on that issue if liability for infringement is established. That order applies to the s. 20 claim ("infringement") but it does not extend to the s. 22 claim ("depreciation"). The essence of liability under s. 22 is precisely the likelihood "of depreciating the value of the goodwill attaching" to the claimant's trade-marks. The *extent* of any actual depreciation might, of course, be left to a reference, but likelihood of depreciation is one of the elements of the cause of action, and if a plaintiff (here the appellant) fails to establish likelihood, the s. 22 claim will fail. The reference was designed to deal with the subsequent

Je suis conscient du fait que les parties ont consenti à une ordonnance fondée sur la règle 153 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, les dispensant de présenter des éléments de preuve [TRADUCTION] « relativement au recouvrement de dommages-intérêts ou de profits découlant de toute usurpation alléguée dans la présente affaire » et ordonnant le renvoi de cette question si la responsabilité pour usurpation était établie. Cette ordonnance s'applique à l'action fondée sur l'art. 20 (« usurpation »), mais elle ne s'étend pas à celle intentée sous le régime de l'art. 22 (« dépréciation »). L'essence de la responsabilité découlant de l'art. 22 est précisément la probabilité d'entraîner « la diminution de la valeur de l'achalandage attaché » aux marques de commerce de l'appelante. La question de la *mesure* de toute dépréciation réelle pourrait, bien sûr, faire l'objet d'un renvoi, mais la probabilité de dépréciation est l'un des éléments de

quantification of s. 20 loss or entitlement, not the necessary conditions precedent to s. 22 liability.

In my view, the appellant did not establish in its evidence the necessary elements to the s. 22 depreciation claim and the courts below were correct to reject it.

V. Conclusion

The appeal will be dismissed with costs.

APPENDIX

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13

2. [Definitions] In this Act,

. . .

"confusing", when applied as an adjective to a trade-mark or trade-name, means a trade-mark or trade-name the use of which would cause confusion in the manner and circumstances described in section 6;

. . .

6. (1) [When mark or name confusing] For the purposes of this Act, a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion with the last mentioned trade-mark or trade-name in the manner and circumstances described in this section.

(2) [Idem] The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with

la cause d'action, et si une demanderesse (en l'occurrence l'appelante) ne réussit pas à en établir l'existence, l'action fondée sur l'art. 22 sera rejetée. La procédure de renvoi vise l'évaluation de la perte subie ou de la réparation à accorder en application de l'art. 20, et non l'examen des conditions préalables à une conclusion de responsabilité sous le régime de l'art. 22.

À mon avis, la preuve produite par l'appelante n'a pas permis d'établir les éléments essentiels de son action pour dépréciation fondée sur l'art. 22, qui a été rejetée à juste titre par les juridictions inférieures. 70

V. Conclusion

Le pourvoi sera rejeté avec dépens. 71

ANNEXE

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13

2. [Définitions] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« créant de la confusion » Relativement à une marque de commerce ou un nom commercial, s'entend au sens de l'article 6.

. . .

6. (1) [Quand une marque ou un nom crée de la confusion] Pour l'application de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionnés cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionnés, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) [Idem] L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que

those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class.

les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

. . .

(5) [What to be considered] In determining whether trade-marks or trade-names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

(5) [Éléments d'appréciation] En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, le tribunal ou le registraire, selon le cas, tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris :

(*a*) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;

a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;

(*b*) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;

b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;

(*c*) the nature of the wares, services or business;

c) le genre de marchandises, services ou entreprises;

(*d*) the nature of the trade; and

d) la nature du commerce;

(*e*) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

7. [Prohibitions] No person shall

7. [Interdictions] Nul ne peut :

. . .

. . .

(*b*) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

(*c*) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

. . .

. . .

18. (1) [When registration invalid] The registration of a trade-mark is invalid if

18. (1) [Quand l'enregistrement est invalide] L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants :

(*a*) the trade-mark was not registrable at the date of registration,

a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement;

(*b*) the trade-mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced, or

b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;

(*c*) the trade-mark has been abandoned,

and subject to section 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration.

(2) [Exception] No registration of a trade-mark that had been so used in Canada by the registrant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of registration shall be held invalid merely on the ground that evidence of the distinctiveness was not submitted to the competent authority or tribunal before the grant of the registration.

19. [Rights conferred by registration] Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trade-mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trade-mark the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark in respect of those wares or services.

20. (1) [Infringement] The right of the owner of a registered trade-mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade-mark or trade-name . . . .

. . .

22. (1) [Depreciation of goodwill] No person shall use a trade-mark registered by another person in a manner that is likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

(2) [Action in respect thereof] In any action in respect of a use of a trade-mark contrary to subsection (1), the court may decline to order the recovery of damages or profits and may permit the defendant to continue to sell wares marked with the trade-mark that were in his possession or under his control at the time notice was given to him that the owner of the registered trade-mark complained of the use of the trade-mark.

. . .

53.2 [Power of court to grant relief] Where a court is satisfied, on application of any interested person, that any act has been done contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the

c) la marque de commerce a été abandonnée.

Sous réserve de l'article 17, l'enregistrement est invalide si l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant droit de l'obtenir.

(2) [Exception] Nul enregistrement d'une marque de commerce qui était employée au Canada par l'inscrivant ou son prédécesseur en titre, au point d'être devenue distinctive à la date d'enregistrement, ne peut être considéré comme invalide pour la seule raison que la preuve de ce caractère distinctif n'a pas été soumise à l'autorité ou au tribunal compétent avant l'octroi de cet enregistrement.

19. [Droits conférés par l'enregistrement] Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces marchandises ou services.

20. (1) [Violation] Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion. . .

. . .

22. (1) [Dépréciation de l'achalandage] Nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce.

(2) [Action à cet égard] Dans toute action concernant un emploi contraire au paragraphe (1), le tribunal peut refuser d'ordonner le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et permettre au défendeur de continuer à vendre toutes marchandises revêtues de cette marque de commerce qui étaient en sa possession ou sous son contrôle lorsque avis lui a été donné que le propriétaire de la marque de commerce déposée se plaignait de cet emploi.

. . .

53.2 [Pouvoir du tribunal d'accorder une réparation] Lorsqu'il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre les ordonnances

circumstances, including an order providing for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits and for the destruction, exportation or other disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Léger Robic Richard, Montréal.

Solicitors for the respondents: Miller Thomson Pouliot, Montréal.

Solicitors for the intervener: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

qu'il juge indiquées, notamment pour réparation par voie d'injonction ou par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, pour l'imposition de dommages punitifs, ou encore pour la disposition par destruction, exportation ou autrement des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Léger Robic Richard, Montréal.

Procureurs des intimées : Miller Thomson Pouliot, Montréal.

Procureurs de l'intervenante : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 2006 Vol. 1

and Tables

[2006] 1 S.C.R. { i-xlix, 865-1042

5e cahier, 2006 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2006] 1 R.C.S. { i-xlix, 865-1042

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Notice iv

Motions v

Table of Judgments xvii

Table of Cases Cited xxi

Statutes and Regulations Cited xxxix

Authors Cited xliii

Index 1031

Buschau *v.* Rogers Communications Inc. 973

Pensions — Pension plan — Trust — Termination — Pension plan indicating that trust surplus to be distributed amongst remaining pension plan members in event of termination — Pension plan and trust agreement not providing for termination of trust by pension plan members — Whether members can rely on rule in Saunders v. Vautier to terminate trust — Whether recourse available to members under federal pension benefits standards legislation — Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 29(2), (11).

Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of) 865

Transportation law — Airports — Seizure and detention of aircraft — Airlines operating fleets of aircraft under leasing agreements with legal titleholders — Airlines, registered owners of aircraft, incurring charges for civil air navigation and airport services — Service providers applying to superior court judge for authorization, pursuant to s. 9 of Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act and s. 56 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act, to seize and detain aircraft operated by airlines for unpaid charges incurred prior to airlines' bankruptcies — Whether titleholders' right to repossess leased aircraft should take priority over service providers' seize and detain orders — Whether titleholders liable to service providers for unpaid charges — Whether seize and detain orders can be exercised against security posted by titleholders in substitution for aircraft — Whether lessors of engines attached to detained aircraft entitled to repossess engines — Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act, S.C. 1992, c. 5, s. 9 — Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, ss. 55, 56.

Legislation — Interpretation — Contextual interpretation — Owner of aircraft — Whether word "owner" in s. 55 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Avis iv

Requêtes v

Table des jugements xix

Table de la jurisprudence xxi

Lois et règlements cités xli

Doctrine citée xliii

Index 1037

Alliance de la Fonction publique du Canada *c.* Canada 1027

Police — Gendarmerie royale du Canada — Personnel civil — Ententes sur les services de police conclues avec des municipalités — Membres du personnel civil nommé ou employé par une municipalité en application d'une entente non tenus d'être des fonctionnaires fédéraux — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 10, 20.

Buschau *c.* Rogers Communications Inc. 973

Pensions — Régime de retraite — Fiducie — Cessation — Régime de retraite indiquant que, en cas de cessation, le surplus de la fiducie sera réparti entre les participants au régime de retraite restants — Régime de retraite et convention de fiducie ne prévoyant pas que les participants au régime de retraite peuvent mettre fin à la fiducie — Les participants peuvent-ils invoquer la règle de Saunders c. Vautier pour mettre fin à la fiducie? — Ont-ils un recours en vertu de la loi fédérale sur les normes de prestation de pension? — Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.), art. 29(2), (11).

Canada 3000 Inc. (Re); Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de) 865

Droit des transports — Aéroports — Saisie et rétention d'aéronefs — Transporteurs aériens exploitant leur flotte d'aéronefs en vertu de conventions de bail conclues avec les propriétaires en titre — Redevances pour les services d'aéroports et de navigation aérienne civile imposées aux transporteurs aériens propriétaires enregistrés des aéronefs — Fournisseurs de services demandant à un juge d'une cour supérieure, en vertu de l'art. 9 de la Loi relative aux cessions d'aéroports et de l'art. 56 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, l'autorisation de saisir et de retenir les aéronefs utilisés par les transporteurs aériens pour recouvrer les redevances en souffrance imposées avant la faillite des transporteurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

includes legal titleholders of aircraft — Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, s. 55.

Leskun *v.* Leskun **920**

Family law — Divorce — Spousal support — Relevance of spousal misconduct — Husband's affair having emotionally devastating effect on wife — Wife unable to attain self-sufficiency — Whether Court of Appeal erred in taking into account spousal misconduct in determining entitlement to support — Whether husband's capital assets acquired after marital break-up to be considered in determining his ability to pay spousal support — Whether objective of promoting self-sufficiency constituting duty — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

Public Service Alliance of Canada *v.* Canada **1027**

Police — Royal Canadian Mounted Police — Civilian staff — Police services agreements with municipalities — Civilian staff appointed or employed by municipalities under agreements not required to be federal public servants — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, ss. 10, 20.

R. *v.* B.W.P.; R. *v.* B.V.N. **941**

Criminal law — Young persons — Sentencing — Considerations — Whether general deterrence factor to be considered in sentencing young persons under Youth Criminal Justice Act — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 38.

Criminal law — Young persons — Sentencing — Considerations — Young person pleading guilty to manslaughter and sentenced under s. 42(2)(o) of Youth Criminal Justice Act — Whether s. 42(2)(o) requires sentencing judge to impose at least two-thirds of sentence in custody and one-third under supervision — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 42(2)(o).

R. *v.* Pham **940**

Narcotics — Possession for purpose of trafficking — Constructive possession.

SOMMAIRE (Suite)

aériens — Le droit des propriétaires en titre de reprendre possession de leurs aéronefs loués a-t-il préséance sur les ordonnances de saisie et de rétention accordées aux fournisseurs de services? — Les propriétaires en titre sont-ils tenus au paiement des redevances dues aux fournisseurs de services? — Les ordonnances de saisie et de rétention peuvent-elles être exécutées sur les sûretés remises par les propriétaires en titre et substituées aux aéronefs? — Les locateurs de moteurs installés dans les aéronefs saisis ont-ils droit de reprendre possession de leurs moteurs? — Loi relative aux cessions d'aéroports, L.C. 1992, ch. 5, art. 9 — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55, 56.

Législation — Interprétation — Interprétation contextuelle — Propriétaire d'aéronefs — Le mot « propriétaire » à l'art. 55 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile englobe-t-il les propriétaires en titre des aéronefs? — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55.

Leskun *c.* Leskun **920**

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour le conjoint — Pertinence des fautes de l'époux — Liaison du mari ayant causé l'effondrement émotionnel de l'épouse — Incapacité de cette dernière d'acquérir son indépendance — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de tenir compte des fautes de l'époux pour décider du droit à une pension alimentaire? — Pouvait-elle tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de payer une pension alimentaire? — L'objectif de l'indépendance se double-t-il d'une obligation de l'acquérir? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2.

R. *c.* B.W.P.; R. *c.* B.V.N. **941**

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — La dissuasion générale doit-elle être prise en considération dans la détermination de la peine à infliger à un adolescent en vertu de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 38.

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Adolescent ayant plaidé coupable à une infraction d'homicide involontaire condamné à une peine conformément à l'art. 42(2)o) de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents — L'article 42(2)o) oblige-t-il le juge chargé de la détermination de la peine à infliger une peine dont au moins les deux tiers devront être purgés sous garde, et l'autre tiers sous surveillance au sein de la collectivité? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 42(2)o).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Pham **940**

Stupéfiants — Possession en vue d'en faire le trafic — Possession imputée.

2006 Volume 1

Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2006

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

On the 1st day of March 2006, the Honourable MARSHALL ROTHSTEIN, a Judge of the Federal Court of Appeal, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

Le 1er mars 2006, l'honorable MARSHALL ROTHSTEIN, juge de la Cour d'appel fédérale, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1994] 2 S.C.R., p. 667, line *e*-3 of the English version. Read "trusteed" instead of "trusted".

[1994] 2 R.C.S., p. 667, ligne *e*-3 de la version anglaise. Lire « trusteed » au lieu de « trusted ».

NOTICE / AVIS

Please note that in *R. v. Sazant*, [2004] 3 S.C.R. 635, 2004 SCC 77, the order prohibiting the broadcast or the publication in a newspaper of the evidence taken at the preliminary inquiry pursuant to s. 539(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is no longer in effect.

Veuillez noter que, dans *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, 2004 CSC 77, l'ordonnance fondée sur le par. 539(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui interdisait de publier dans un journal ou de révéler dans une émission la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, n'est plus en vigueur.

MOTIONS — REQUÊTES

1387881 Ontario Inc. v. Ramsay, (Ont.), 31188, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

150460 Canada Inc. c. Ville de Montréal, (Qc), 31022, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

857486 Ontario Limited v. Peachtree II Associates - Dallas, (Ont.), 31126, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.C. c. La Reine, (Qc) (Crim.), 31235, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

A.M.H. v. The Queen in Right of the Province of Alberta, (Alta.), 31184, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.T. v. M.T., (Que.), 31240, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

ABB Inc. c. Domtar Inc., (Qc), 31176, leave to appeal granted, 23.3.06, autorisation d'appel accordée.

Ahmed v. Paradise Lakes Country Club, (B.C.), 31272, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Al Rekabi c. Société de l'assurance automobile du Québec, (Qc), 31080, leave to appeal refused with costs, 12.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alexander v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31118, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Amertek Inc. v. Canadian Commercial Corporation, (Ont.), 31141, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association des policiers provinciaux du Québec c. Hamelin, (Qc), 31150, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec, (Qc), 31275, leave to appeal refused with costs, 6.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta Energy and Utilities Board, (Alta.), 31106, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ates v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 31246, leave to appeal refused, 30.3.06, autorisation d'appel refusée.

Attorney General of British Columbia v. Christie, (B.C.), 31324, leave to appeal granted, 18.5.06, autorisation d'appel accordée.

Attorney General of British Columbia v. Christie, (B.C.), 31324, leave to cross-appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.5.06, autorisation d'appel incident accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue d'appel.

Aviawest Resort Club v. Chevalier Tower Property Inc., (B.C.), 31002, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Axa Boréal Assurances Inc. c. Électrique Glaswerk Inc., (Qc), 31239, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.C. Rail Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd., (B.C.), 31159, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.C. Vegetable Greenhouse I, L.P. v. British Columbia Marketing Board, (B.C.), 31217, leave to appeal refused with costs, 23.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bangoura v. Washington Post, (Ont.), 31203, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Basmadji v. The Crown, (F.C.), 31382, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Beaucage v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31186, leave to appeal refused, 16.2.06, autorisation d'appel refusée.

Belende c. Compagnie d'assurance ING du Canada, (Ont.), 31172, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Belliveau v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31053, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Benson v. Thompson, (Man.), 31376, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bérubé c. Loto-Québec, (Qc), 31158, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Big Canoe v. Economical Insurance Group, (Ont.), 31098, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boa-Franc Inc. v. 1193430 Ontario Inc., (Ont.), 31276, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boucher c. Bell Canada, (Qc), 31250, leave to appeal refused, 30.3.06, autorisation d'appel refusée.

Braut v. Stec, (B.C.), 31263, leave to appeal refused, 4.5.06, autorisation d'appel refusée.

Brescia v. Treasury Board, (F.C.), 31112, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

British Columbia Public School Employers' Association v. British Columbia Teachers' Federation, (B.C.), 31162, leave to appeal refused with costs, 23.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Broder v. Broder, (Alta.), 31335, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brooks, Estate Trustee v. Saylor, (Ont.), 31262, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.5.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

Brown v. Farmers Insurance Company of Oregon, (B.C.), 31292, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bruker v. Marcovitz, (Que.), 31212, leave to appeal granted with costs, 27.4.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Buchmann v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 31310, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. The Queen in Right of Canada, (F.C.), 31166, leave to appeal refused with costs, 25.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Burke v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31101, leave to appeal refused, 16.2.06, autorisation d'appel refusée.

Byer v. Bar of Montreal, (Que.), 31387, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Callan v. Suncor Inc., (Alta.), 31356, notice of discontinuance filed, 7.4.06, avis de désistement produit.

Campeau v. Desjardins Financial Security Life Assurance Co., (Man.), 31312, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Carrière v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31082, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Celik v. Shankman, (Ont.), 31175, leave to appeal refused, 12.1.06, autorisation d'appel refusée.

CGU Insurance Company of Canada v. Toronto Transit Commission, (Ont.), 31194, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chingee v. Attorney General of Canada, (B.C.), 31206, leave to appeal refused with costs, 30.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chityal c. États-Unis d'Amérique, (Qc) (Crim.), 31317, leave to appeal refused, 20.4.06, autorisation d'appel refusée.

Chityal c. États-Unis d'Amérique, (Qc) (Crim.), 31318, leave to appeal refused, 20.4.06, autorisation d'appel refusée.

Chityal c. Ministre de la Justice du Canada, (Qc) (Crim.), 31316, leave to appeal refused, 20.4.06, autorisation d'appel refusée.

Chubb du Canada Compagnie d'Assurance c. Domtar Inc., (Qc), 31177, leave to appeal granted, 23.3.06, autorisation d'appel accordée.

Citadel General Assurance Company v. Vytlingam, (Ont.), 31083, leave to appeal granted with costs, 16.2.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Collectcorp agence de recouvrement inc. c. Tribunal Administratif du Québec, (Qc), 31267, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Paquin, (Qc), 31278, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Confédération des syndicats nationaux c. Jetté, (Qc), 31314, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cordeau c. Hydro-Québec, (Qc), 31165, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of the City of London v. RSJ Holdings Inc., (Ont.), 31300, leave to appeal granted, 27.4.06, autorisation d'appel accordée.

Corporation of the City of North Bay v. Calgon Carbon Corporation, (F.C.), 31306, leave to appeal refused with costs, 30.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of the City of Ottawa v. Desormeaux, (F.C.), 31230, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of the Town of Kapuskasing v. Kapuskasing Association of Professional Firefighters, (Ont.), 31210, leave to appeal refused with costs, 9.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Coulter v. Ball, (B.C.), 30977, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Coulter v. Ball, (B.C.), 30977, leave to cross-appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel incident refusée avec dépens.

Dandurand c. Ville de Granby, (Qc), 31354, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Company, (Ont.), 31095, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

de Guzman v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 31333, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dechenault c. Comité de déontologie policière, (Qc), 31146, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dell v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31213, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs, (Que.), 31067, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.1.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

Denis c. La Reine, (Qc) (Crim.), 31282, leave to appeal refused, 20.4.06, autorisation d'appel refusée.

Deutsch v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31214, leave to appeal refused, 27.4.06, autorisation d'appel refusée.

Deutsch v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31280, leave to appeal refused, 27.4.06, autorisation d'appel refusée.

Devick v. Devick, (B.C.), 31089, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dickie v. Dickie, (Ont.), 31350, leave to appeal granted with costs, 22.6.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Domtar Inc. c. Arkwright Mutual Insurance Company, (Qc), 31174, leave to appeal granted, 23.3.06, autorisation d'appel accordée.

Donald S. Bartlett Investments Inc. v. Banque Nationale de Paris (Canada), (Que.), 31018, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dossa v. Minister of Social Development, (F.C.), 31299, leave to appeal refused with costs, 6.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Duclos v. Wawanesa Mutual Insurance Company, (Ont.), 31099, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Dueck v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31242, notice of discontinuance filed, 20.1.06, avis de désistement produit.

Dunne v. Deputy Minister of Revenue of Quebec, (Que.), 31180, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.5.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue d'appel.

Dutchak v. United Transportation Union and Canadian Pacific Railway, (F.C.), 31198, leave to appeal refused with costs to the respondents, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens en faveur des intimés.

Ernewein v. General Motors of Canada Limited, (B.C.), 31218, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Estrada v. Young, (Que.), 31031, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc., (C.F.), 31327, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.5.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

Euteneier v. Lee, (Ont.), 31215, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Evdokias v. Poulin, (F.C.), 30939, leave to appeal refused, 30.3.06, autorisation d'appel refusée.

Exploits Valley Air Services Ltd. v. Board of Governors of the College of the North Atlantic, (N.L.), 31181, leave to appeal refused with costs, 16.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

F.D.J.F. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31170, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Fabrikant v. Les Chaînes Télé Astral, (Que.), 31137, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Farquhar v. Liberty Mutual Insurance Company, (Ont.), 31097, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Flamand c. La Reine, (Qc) (Crim.), 27589, leave to appeal refused, 16.2.06, autorisation d'appel refusée.

Fréchette c. Procureur général du Québec, (Qc), 31144, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Freshway Specialty Foods Inc. v. Fruit and Vegetable Dispute Resolution Corporation, (Ont.), 31319, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fulsang v. Snushall, (Ont.), 31228, leave to appeal refused with costs, 9.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gagnon c. Centre de réadaptation Gabrielle-Major, (Qc), 31236, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

Gardner v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31187, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Gaudry v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31323, leave to appeal refused, 27.4.06, autorisation d'appel refusée.

Germain Blanchard Ltée c. Procureur général du Québec, (Qc), 31090, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gilbert v. Gilkinson, (Ont.), 31330, leave to appeal refused with costs, 4.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Giroux c. Sa Majesté en chef de l'Ontario, (Ont.), 31284, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Godin v. City of Montreal, (Que.), 31269, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gough v. Minister of Government Services and Lands, (N.L.), 31336, leave to appeal refused with costs, 4.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gramaglia v. Alberta Government Services Minister, (Alta.), 31361, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Greenbaum v. Groupe Boudreau Richard Inc., (Que.), 31248, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gregoire v. The Queen in Right of the Province of British Columbia, (B.C.), 31288, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Grenier c. Procureur général du Québec, (Qc), 31363, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grunwald v. The Queen, (F.C.), 31320, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grunwald v. The Queen, (F.C.), 31334, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Guimond c. Gélinas, (Qc), 31277, leave to appeal refused with costs, 6.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hadlock v. Town of Lac-Brome, (Que.), 31051, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hamalengwa v. Duncan, (Ont.), 31220, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hammill v. The Queen, (F.C.), 31152, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hape v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31125, leave to appeal granted, 19.1.06, autorisation d'appel accordée.

Harkat v. Minister of Citizenship and Immigration, (F.C.), 31178, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 19.1.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue d'appel.

Harrison v. Law Society of Alberta, (Alta.), 31168, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Haydon v. Treasury Board, (F.C.), 31153, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hazout v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31216, leave to appeal refused, 23.2.06, autorisation d'appel refusée.

Hembruff v. Ontario Municipal Employees Retirement Board, (Ont.), 31265, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services, (Ont.), 31227, leave to appeal granted with costs, 27.4.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services, (Ont.), 31227, leave to cross-appeal granted with costs, 27.4.06, autorisation d'appel incident accordée avec dépens.

Hy and Zel's Incorporated v. The Queen, (Ont.), 31287, leave to appeal refused, 30.3.06, autorisation d'appel refusée.

IBI Leaseholds Ltd. v. Evergreen Building Ltd., (B.C.), 31286, leave to appeal granted with costs, 22.6.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

In the Matter of a Named Person v. B, 30963, leave to appeal granted, 27.4.06, autorisation d'appel accordée.

Investissements Pliska Inc. c. Guy & Gilbert, SENC en liquidation, (Qc), 31087, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.A. c. S.I.V., (Qc), 31209, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jamal v. Ontario Public Service Employees' Union, (Ont.), 31386, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jane Doe 1 v. Government of Manitoba, (Man.), 31225, leave to appeal refused, 23.2.06, autorisation d'appel refusée.

Jardine Lloyd Thompson Canada Inc. v. SJO Catlin, (Alta.), 31351, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Johnson v. The Queen in Right of the Province of Nova Scotia, (N.S.), 31124, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Johnston v. Federation Insurance Company of Canada, (Ont.), 31096, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jones v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31243, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

Kane c. La Reine, (Qc) (Crim.), 31193, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Kempling v. British Columbia College of Teachers, (B.C.), 31088, leave to appeal refused with costs to the respondent, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens en faveur de l'intimé.

Kendall v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31092, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Kerr v. Danier Leather Inc., (Ont.), 31321, leave to appeal granted with costs, 22.6.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Kim v. General Manager, Ontario Health Insurance Plan, (Ont.), 31268, leave to appeal refused with costs, 9.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Klotz v. The Queen, (F.C.), 30981, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kubby v. The Queen, (B.C.), 31297, leave to appeal refused with costs, 4.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Labonté c. Procureur général du Québec, (Qc), 31173, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lamontagne c. L'Écuyer, (Qc), 31211, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Lamontagne c. Société de l'assurance automobile du Québec, (Qc), 31337, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Laprise v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 31274, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Lassonde c. La Reine, (C.F.), 31244, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lavoie v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31119, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

LeClaire v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 31326, leave to appeal refused, 25.5.06, autorisation d'appel refusée.

Lehoux v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31346, leave to appeal refused, 25.5.06, autorisation d'appel refusée.

Lienaux v. 2301072 Nova Scotia Limited, (N.S.), 31115, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Litwin Boyadjian Inc. c. Kustec, (Qc), 31315, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.5.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

Lombard Canada Limited v. Hamel Construction Inc., (N.S.), 30993, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Loretta Foods Limited v. Market Leadership Inc., (Ont.), 31325, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Losenno v. Ontario Human Rights Commission, (Ont.), 31241, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lumbermens Mutual Casualty Company v. Herbison, (Ont.), 31079, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 20.4.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue d'appel.

Lyon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board, (Ont.), 31266, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

M.M. v. Alberta (Director of Child Welfare), (Alta.), 31196, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ma v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31223, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

MacAllister c. Procureur général du Canada, (Qc) (Crim.), 31199, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MacDonald v. Eagle Resources Ltd., (Alta.), 31185, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MacDonald v. Royal Trust Corporation of Canada, (Ont.), 31154, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MacPherson Kennedy v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31229, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Makonin v. The Queen in Right of British Columbia, (B.C.), 31251, leave to appeal refused, 27.4.06, autorisation d'appel refusée.

Manoli c. Commission de l'assurance-emploi du Canada, (C.F.), 31039, leave to appeal refused with costs, 9.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marchand c. Agence du revenu du Canada, (C.F.), 31219, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Markovic v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31237, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Maschinenfabrik Rieter AG v. Financière du Québec, (Que.), 31252, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Maschinenfabrik Rieter AG v. Financière du Québec, (Que.), 31253, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Maschinenfabrik Rieter AG v. Financière du Québec, (Que.), 31254, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Matthews v. Belair Insurance Company Inc., (Ont.), 31100, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McAfee v. Imperial Oil Limited, (B.C.), 31164, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McFadyen v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31379, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Merkand v. Merkand, (Ont.), 31402, leave to appeal refused, 1.6.06, autorisation d'appel refusée.

Metropolitan Toronto Condominium Corporation No. 949 v. Staib, (Ont.), 31293, leave to appeal refused with costs, 6.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Miller v. Miller, (Que.), 31038, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Millette c. Therrien, (Qc), 31091, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Ministry of Northern Development and Mines v. Mitchinson, (Ont.), 31226, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Ministry of Transportation v. Cropley, (Ont.), 31224, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Mo v. Amador, (B.C.), 31232, leave to appeal refused with costs, 9.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Municipal Corporation of the City of Stratford v. McLaren, (Ont.), 31189, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Murray v. Murray, (Ont.), 31182, leave to appeal refused with costs, 23.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nash v. The Queen, (F.C.), 31291, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

National Money Mart Company v. Smith, (Ont.), 31233, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nazarali v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31348, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

Oliver v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31169, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Ontario Restaurant Hotel & Motel Association v. City of Toronto, (Ont.), 31307, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Orchestre Métropolitain du Grand Montréal c. Rescigno, (Qc), 31344, notice of discontinuance filed, 17.5.06, avis de désistement produit.

Patrick v. Telus Communications Inc., (B.C.), 31303, leave to appeal refused with costs, 25.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pecore v. Pecore, (Ont.), 31202, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.5.06, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue d'appel.

Pedden v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31066, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Pelletier c. Caisse populaire Desjardins Nicolas-Juchereau, (Qc), 31322, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Pete v. Ministry of the Attorney General, (B.C.), 31208, leave to appeal refused, 9.2.06, autorisation d'appel refusée.

Peterson v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31205, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Petit c. La Reine, (Qc) (Crim.), 31138, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Pharmascience Inc. v. Abbott Laboratories, (F.C.), 31139, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Phillips v. Phillips, (Alta.), 31358, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pirner v. Pirner, (Ont.), 31301, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Pitre c. Gestion GB-7 Inc., (Qc), 31190, leave to appeal refused, 27.4.06, autorisation d'appel refusée.

Polewsky v. Corporation of the City of London, (Ont.) (Crim.), 31305, leave to appeal refused, 1.6.06, autorisation d'appel refusée.

Prentice c. La Reine, (C.F.), 31295, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Procureur général du Canada c. J.T.I. Macdonald Corp., (Qc), 30611, leave to appeal granted, 23.3.06, autorisation d'appel accordée.

Procureur général du Canada c. J.T.I. Macdonald Corp., (Qc), 30611, leave to cross-appeal granted, 23.3.06, autorisation d'appel incident accordée.

Procureur général du Québec c. Herrmann-Busson, (Qc), 31145, notice of discontinuance filed, 23.2.06, avis de désistement produit.

Quashie v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31017, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

Quinn v. The Queen, (F.C.), 31290, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

R. c. Beauchamp, (Qc) (Crim.), 31061, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

R. c. Gauthier, (Qc) (Crim.), 31028, leave to appeal refused, 16.2.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. Devillers, (Que.) (Crim.), 31136, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. K.R.T., (Man.) (Crim.), 31123, leave to appeal quashed, 23.3.06, autorisation d'appel annulé.

R. v. K.R.T., (Man.) (Crim.), 31123, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. R.S.B., (Ont.) (Crim.), 31140, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. Samuels, (Ont.) (Crim.), 31016, leave to appeal refused, 12.1.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. Smith, (Ont.) (Crim.), 31160, leave to appeal refused, 23.2.06, autorisation d'appel refusée.

R. v. Smith, (Ont.) (Crim.), 31160, leave to cross-appeal refused, 23.2.06, autorisation d'appel incident refusée.

R.D. c. L.V., (Qc), 31380, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

R.V. c. M.A., (Qc), 31345, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Régie des rentes du Québec c. PriceWaterhouseCoopers Inc., (Ont.), 31134, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Reid v. Vancouver Police Board, (B.C.), 31171, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Resurfice Corp. v. Hanke, (Alta.), 31271, leave to appeal granted with costs, 27.4.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Reumayr v. Canada (Minister of Justice), (B.C.) (Crim.), 31072, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Reumayr v. Canada (Minister of Justice), (B.C.) (Crim.), 31073, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

Richardson v. City of Vancouver, (B.C.), 31366, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Riendeau c. Ville de Québec, (Qc), 31273, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

Rizzuto c. Procureur général du Canada au nom des États-Unis d'Amérique, (Qc) (Crim.), 31259, leave to appeal refused, 16.3.06, autorisation d'appel refusée.

Rowell v. Government of Manitoba, (Man.), 31360, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Ruffo c. Ministre de la Justice du Québec, (Qc), 31304, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Savard c. 2329-1297 Québec Inc., (Qc), 31156, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Savard v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31296, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Say v. Solicitor General of Canada, (F.C.), 31313, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Scheuneman v. Social Development Canada, (F.C.), 31130, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Seepersad v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 30949, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Sénéchal c. Alliance des infirmières de Montréal, (Qc), 31201, leave to appeal refused with costs, 2.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sewell v. Botros, (Ont.), 31338, leave to appeal refused with costs, 15.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Shaw v. Zurich Canada, (Ont.), 31094, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Shiers v. Shiner Kideckel Zweig Inc., (Ont.), 31308, notice of discontinuance filed, 21.3.06, avis de désistement produit.

Slobodrian v. Minister of National Revenue, (F.C.), 31234, leave to appeal refused with costs, 9.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Smith c. Bombardier Inc., (Qc), 31285, leave to appeal refused with costs, 18.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Smith c. Desjardins, (Qc), 31247, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Société Asbestos Limitée c. Lacroix, (Qc), 30591, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Soriano v. Wawanesa Mutual Insurance Company, (Ont.), 31078, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sparkes v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31104, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Squires v. The Queen, (N.L.) (Crim.), 31197, leave to appeal refused, 23.3.06, autorisation d'appel refusée.

St-Cyr c. Bouchard, (Qc), 31157, leave to appeal granted with costs, 16.2.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

St. Paul Guarantee Insurance Company v. Wi-Lan Inc., (Alta.), 31258, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board, (Ont.), 31149, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stevens v. Conservative Party of Canada, (F.C.), 31281, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stoody v. Kennedy, (Ont.), 30959, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Su v. McGill University, (Que.), 31359, leave to appeal refused with costs, 1.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Suwarak v. The Queen, (Nnt) (Crim.), 31147, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Sylvestre c. Procureur général du Canada, (C.F.), 31328, leave to appeal refused, 18.5.06, autorisation d'appel refusée.

Syndicat canadien de la fonction publique, section local 687 c. Groupe TVA Inc., (Qc), 31117, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Szybunka v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31309, leave to appeal refused, 13.4.06, autorisation d'appel refusée.

TD Canada Trust Company v. Cheifetz, (Ont.), 31143, leave to appeal refused with costs, 12.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Telus Communications Inc. v. Metropolitan Toronto Police Widows and Orphans Fund, (Ont.), 31086, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tembec Inc. v. Calvin Forest Products Ltd., (Ont.), 31462, notice of discontinuance filed, 21.6.06, avis de désistement produit.

Terceira v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31191, leave to appeal refused, 12.1.06, autorisation d'appel refusée.

Terrico v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31120, leave to appeal refused, 26.1.06, autorisation d'appel refusée.

The Board of Trustees of the Edmonton Pipe Industry Pension Trust Fund v. Deans, (Alta.), 31255, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Therrien c. Launay, (Qc), 31151, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Three Seasons Homes Limited v. Faris, (Ont.), 31371, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tolley v. The Queen, (F.C.), 31289, leave to appeal refused with costs, 20.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Towne Meadow Development Corporation Inc. v. Israel Discount Bank Ltd., (Ont.), 31298, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tradition Fine Foods Ltd. v. Oshawa Group Limited, (F.C.), 31261, leave to appeal refused with costs, 23.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay c. Charest, (Qc), 31410, leave to appeal refused with costs, 22.6.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay c. Transport Jean Gauthier Inc., (Qc), 30980, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tsai v. Health Professions Appeal and Review Board, (Ont.), 31401, leave to appeal refused, 22.6.06, autorisation d'appel refusée.

Vancouver Island Entertainment Inc. v. Rotherham Holdings Ltd., (B.C.), 31294, leave to appeal refused with costs, 25.5.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vieira v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31207, leave to appeal refused, 6.4.06, autorisation d'appel refusée.

Ville de Lévis c. Fraternité des policiers de Lévis Inc., (Qc), 31103, leave to appeal granted with costs, 16.2.06, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Wall v. Horn Abbot Ltd., (N.S.), 31439, notice of discontinuance filed, 19.5.06, avis de désistement produit.

Watterodt v. NAV Canada, (B.C.), 31127, leave to appeal refused with costs, 19.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Weber v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31264, leave to appeal refused, 2.3.06, autorisation d'appel refusée.

Weinberg v. Cinar Corporation, (Que.), 31183, leave to appeal refused with costs, 13.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wills v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31435, leave to appeal refused, 29.5.06, autorisation d'appel refusée.

Wilson v. Revenue Canada, (F.C.), 31311, leave to appeal refused with costs, 27.4.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Woodcliffe Corporation v. Rotenberg, (Ont.), 31142, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Woods v. ING Halifax Insurance Company, (Ont.), 31093, leave to appeal refused with costs, 26.1.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Workers' Compensation Board of British Columbia v. Jones, (B.C.), 31179, leave to appeal refused with costs, 30.3.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wormell v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31060, leave to appeal refused, 19.1.06, autorisation d'appel refusée.

Zabo v. University of Ottawa, (Ont.), 31059, leave to appeal refused with costs, 16.2.06, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

PAGE

2629-4470 Québec inc., Lévis (City) v. 420
3894207 Canada Inc., Mattel, Inc. v. 772

A

Alberta (Energy and Utilities Board), ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. 140
ATCO Gas and Pipelines Ltd., Calgary (City) v. 140
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board) 140

B

B.N., R. v. 941
B.V.N., R. v. 941
B.W.P., R. v. 941
Bella, Young v. 108
Bisaillon v. Concordia University 666
Boutiques Cliquot Ltée, Veuve Clicquot Ponsardin v. 824
British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services), British Columbia (Attorney General) v. 326
British Columbia (Attorney General) v. British Columbia (Adult Forensic Psychiatric Services) 326
British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services), Mazzei v. 326
Buschau v. Rogers Communications Inc. 973

C

Calgary (City) v. ATCO Gas and Pipelines Ltd. ... 140
Canada 3000 Inc. (Re) 865
Canada (Attorney General), H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. 441
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd. 3

PAGE

Canada, Public Service Alliance of Canada v. 1027
Canadian Airlines International Ltd., Canada (Human Rights Commission) v. 3
Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City) 227
Chaisson, R. v. 415
Childs v. Desormeaux 643
Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, Multani v. 256
Concordia University, Bisaillon v. 666

D

Desormeaux, Childs v. 643

F

Fillion et Frères (1976) inc. v. Syndicat national des employés de garage du Québec inc. 27

G

Gagnon, R. v. 621
Graveline, R. v. 609
Guardian Insurance Co. of Canada, Jesuit Fathers of Upper Canada v. 744

H

H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General) 441
Hotte, R. v. 379

I

Inter-Canadian (1991) Inc. (Trustee of) 865
Isidore Garon ltée v. Tremblay 27

PAGE

J

Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada 744

L

Lavigne, R. v. 392
Leskun v. Leskun 920
Lévis (City) v. 2629-4470 Québec inc. 420
Lévis (City) v. Tétreault 420

M

Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc. 772
Mazzei, Re 326
Mazzei v. British Columbia (Director of Adult Forensic Psychiatric Services) 326
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys 256

N

N. (B.V.), R. v. 941

O

Ontario (Director, Disability Support Program), Tranchemontagne v. 513
Ontario (Minister of Finance), Placer Dome Canada Ltd. v. 715

P

P. (B.W.), R. v. 941
Pham, R. v. 940
Pittiman, R. v. 381
Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance) 715
Public Service Alliance of Canada v. Canada 1027

PAGE

R

R. v. B.N. 941
R. v. B.V.N. 941
R. v. B.W.P. 941
R. v. Chaisson 415
R. v. Gagnon 621
R. v. Graveline 609
R. v. Hotte 379
R. v. Lavigne 392
R. v. N. (B.V.) 941
R. v. P. (B.W.) 941
R. v. Pham 940
R. v. Pittiman 381
R. v. Rodgers 554
Rodgers, R. v. 554
Rogers Communications Inc., Buschau v. 973

S

Syndicat national des employés de garage du Québec inc., Fillion et Frères (1976) inc. 27

T

Tétreault, Lévis (City) v. 420
Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program) 513
Tremblay, Isidore Garon ltée v. 27

V

Vancouver (City), Canadian Pacific Railway Co. v. 227
Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée 824

Y

Young v. Bella 108

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

2629-4470 Québec inc., Lévis (Ville) c. 420
3894207 Canada Inc., Mattel, Inc. c. 772

A

Alberta (Energy and Utilities Board), ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. 140
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada 1027
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board) 140
ATCO Gas and Pipelines Ltd., Calgary (Ville) c. 140

B

B.N., R. c. 941
B.V.N., R. c. 941
B.W.P., R. c. 941
Bella, Young c. 108
Bisaillon c. Université Concordia 666
Boutiques Cliquot Ltée, Veuve Clicquot Ponsardin c. 824
Buschau c. Rogers Communications Inc. 973

C

Calgary (Ville) c. ATCO Gas and Pipelines Ltd. 140
Canada 3000 Inc. (Re) 865
Canada, Alliance de la Fonction publique du Canada c. 1027
Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée 3
Canada (Procureur général), Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. 441

PAGE

Chaisson, R. c. 415
Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville) 227
Childs c. Desormeaux 643
Cie d'assurance Guardian du Canada, Jesuit Fathers of Upper Canada c. 744
Cie H.J. Heinz du Canada ltée c. Canada (Procureur général) 441
Colombie-Britannique (Adult Forensic Psychiatric Services), Colombie-Britannique (Procureur général) c. 326
Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services), Mazzei c. 326
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Adult Forensic Psychiatric Services) 326
Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, Multani c. 256

D

Desormeaux, Childs c. 643

F

Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc. 27

G

Gagnon, R. c. 621
Graveline, R. c. 609

H

Hotte, R. c. 379

PAGE

I

Inter-Canadien (1991) Inc. (Syndic de) 865
Isidore Garon ltée c. Tremblay 27

J

Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada 744

L

Lavigne, R. c. 392
Leskun c. Leskun 920
Lévis (Ville) c. 2629-4470 Québec inc. 420
Lévis (Ville) c. Tétreault 420
Lignes aériennes Canadien International Ltée, Canada (Commission des droits de la personne) c. 3

M

Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc. 772
Mazzei c. Colombie-Britannique (Directeur des Adult Forensic Psychiatric Services) 326
Mazzei, Re 326
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys 256

N

N. (B.V.), R. c. 941

O

Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées), Tranchemontagne c. 513
Ontario (Ministre des Finances), Placer Dome Canada Ltd. c. 715

P

P. (B.W.), R. c. 941
Pham, R. c. 940
Pittiman, R. c. 381
Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances) 715

PAGE

R

R. c. B.N. 941
R. c. B.V.N. 941
R. c. B.W.P. 941
R. c. Chaisson 415
R. c. Gagnon 621
R. c. Graveline 609
R. c. Hotte 379
R. c. Lavigne 392
R. c. N. (B.V.) 941
R. c. P. (B.W.) 941
R. c. Pham 940
R. c. Pittiman 381
R. c. Rodgers 554
Rodgers, R. c. 554
Rogers Communications Inc., Buschau c. 973

S

Syndicat national des employés de garage du Québec inc., Fillion et Frères (1976) inc. c. ... 27

T

Tétreault, Lévis (Ville) c. 420
Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées) 513
Tremblay, Isidore Garon ltée c. 27

U

Université Concordia, Bisaillon c. 666

V

Vancouver (Ville), Chemin de fer Canadien Pacifique c. 227
Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée 824

Y

Young c. Bella 108

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804	728

A

Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman	[1985] 1 S.C.R. 2	905
Ainsworth v. Walmsley	(1866), L.R. 1 Eq. 518	815
Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)	[1989] A.C.F. nº 453 (QL)	469
Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)	(1989), 27 F.T.R. 194	469
Aladdin Industries, Inc. v. Canadian Thermos Products Ltd.	[1974] S.C.R. 845	790
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	[2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28	51, 100
Aliments Delisle Ltée c. Anna Beth Holdings Ltd.	[1992] C.O.M.C. nº 466 (QL)	804
Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et Agroalimentaire)	(2001), 272 N.R. 184	501
Allen v. Alberta	[2003] 1 S.C.R. 128, 2003 SCC 13	102, 686
American Cyanamid Co. v. Record Chemical Co.	[1972] F.C. 1271	804
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	138
Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Federal Insurance Co.	189 F.3d 208 (1999)	766
Anheuser-Busch Inc. v. Andy's Sportswear Inc.	40 U.S.P.Q.2d 1542 (1996)	859
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	649
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	138, 658
Asbestos Corp. v. Cook	[1933] S.C.R. 86	54
Association catholique des institutrices du district nº 16 Inc. v. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la paroisse de St-Athanase	[1947] B.R. 703	79
Association provinciale des retraités d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec	[2005] R.J.Q. 927, 2005 QCCA 304	688
ATCO Electric Ltd. (Re)	[2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL)	165
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)	[2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4	489
Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.	[1982] 2 S.C.R. 557	161, 189

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
B		
B c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[2002] 3 R.C.S. 403, 2002 CSC 66	531
B v. Ontario (Human Rights Commission)	[2002] 3 S.C.R. 403, 2002 SCC 66	531
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	276
Bain v. Board of Education (Calgary)	(1993), 146 A.R. 321	659
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	242, 299, 589
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	242, 299, 589
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	[2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43	915
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle	[2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43	915
Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.	[1993] 1 R.C.S. 167	183
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	911
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	793
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble	[2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28	162
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.	[2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28	162
Barsalou v. Darling	(1882), 9 S.C.R. 677	803
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs	[1996] 3 S.C.R. 566	531
Baywatch Production Co. v. Home Video Channel	[1997] F.S.R. 22	851
Beauchamp v. Penetanguishene Mental Health Centre (Administrator)	(1999), 138 C.C.C. (3d) 172	359
Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone	[2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36	12
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	170
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	170
Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association	[2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36	12
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	164, 572, 896
Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.	[1969] S.C.R. 192	794, 840
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1985] 2 R.C.S. 561	316
Bhinder v. Canadian National Railway Co.	[1985] 2 S.C.R. 561	316
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44	320
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	320
Board of Public Utility Commissioners v. New York Telephone Co.	271 U.S. 23 (1976)	205
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	339
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	339
Boston v. Boston	[2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43	934
Bracklow v. Bracklow	[1999] 1 S.C.R. 420	933
Breck's Sporting Goods Co. v. Magder	[1976] 1 S.C.R. 527	790
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26	17, 168, 500, 896
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26	17, 168, 500, 896
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	23, 316, 547
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)	[1999] 3 S.C.R. 868	283, 316
British Drug Houses, Ltd. v. Battle Pharmaceuticals	[1944] Ex. C.R. 239	814

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Brockville Psychiatric Hospital v. McGillis	(1996), 2 C.R. (5th) 242	359
Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	[2003] A.C.F. nº 348 (QL), 2003 CFPI 254	469
Brookfield LePage Johnson Controls Facility Management Services v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	[2003] F.C.J. No. 348 (QL), 2003 FCT 254	469
Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 495	690
Building Products Ltd. v. BP Canada Ltd.	(1961), 36 C.P.R. 121	797

C

C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	[2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29	189, 796
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	77, 684
Calgary Power Ltd. v. Copithorne	[1959] S.C.R. 24	194
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[2000] 1 F.C. 146	13
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)	[1989] 2 S.C.R. 49	498
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)	[2003] 1 R.C.S. 66, 2003 CSC 8	448, 476
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	796
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	796
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)	[2003] 1 S.C.R. 66, 2003 SCC 8	448, 476
Canada Post Corp. v. Mail Boxes Etc. USA, Inc.	(1996), 77 C.P.R. (3d) 93	799
Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada	[2000] 1 C.F. 146	13
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada	[2005] 2 S.C.R. 601, 2005 SCC 54	728
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49	498
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	65, 796
Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission	[1983] 1 F.C. 182	171
Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.	[1971] F.C. 543	837
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon	[1984] 1 S.C.R. 509	67
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	13
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.	[1993] 3 S.C.R. 724	168
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	474, 499, 527
Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri	[1962] S.C.R. 609	39
Canadian Schenley Distilleries Ltd. v. Canada's Manitoba Distillery Ltd.	(1975), 25 C.P.R. (2d) 1	798
Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. Minister of National Revenue	(2003), 239 F.T.R. 1, 2003 FC 1037	469

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	306
Canadian Union of Public Employees v. Canadian Broadcasting Corp.	[1992] 2 S.C.R. 7	689
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	474, 499, 527
Canderel Ltd. v. Canada	[1998] 1 S.C.R. 147	741
Canderel Ltée c. Canada	[1998] 1 R.C.S. 147	741
Carrier c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	[2000] J.Q. nº 3048 (QL)	680
Carson v. Reynolds	[1980] 2 F.C. 685	806
Cartier Inc. c. Lunettes Cartier Ltée	[1988] A.C.F. nº 266 (QL)	798
Cartier Inc. v. Cartier Optical Ltd.	(1988), 20 C.P.R. (3d) 68	798
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147	125
Centre de santé mentale de Penetanguishene c. Ontario (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 498, 2004 CSC 20	340
Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail	[1990] 1 R.C.S. 1330	97
Centre hospitalier Régina Ltée v. Labour Court	[1990] 1 S.C.R. 1330	97
Chamberlain v. Surrey School District No. 36	[2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86	270, 303
Channel Airways Ltd. v. Manchester Corp.	[1974] 1 Lloyd's Rep. 456	907
Charlebois c. Saint John (Ville)	[2005] 3 R.C.S. 563, 2005 CSC 74	573
Charlebois v. Saint John (City)	[2005] 3 S.C.R. 563, 2005 SCC 74	573
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	589
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	589
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3	169, 196, 489, 796
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3	169, 196, 489, 796
Choquette v. Choquette	(1998), 39 R.F.L. (4th) 384	937
Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.	[2002] 3 F.C. 405, 2002 FCA 29	797
Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.	[1968] 2 Ex. C.R. 552	855
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	572
Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. Alberta (Energy Utilities Board)	(1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374	160
Coca-Cola Co. of Canada Ltd. v. Pepsi-Cola Co. of Canada Ltd.	[1942] 2 D.L.R. 657	805
Coca-Cola Ltd. v. Southland Corp.	(2001), 20 C.P.R. (4th) 537	799
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	23, 316, 547
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)	[1999] 3 R.C.S. 868	283, 316
Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée	[1990] R.J.Q. 655	679
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	196
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	316
Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)	[2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37	196

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	13
ConAgra, Inc. c. McCain Foods Ltd.	[2001] A.C.F. nº 1331 (QL), 2001 CFPI 963	819
ConAgra, Inc. v. McCain Foods Ltd.	(2001), 14 C.P.R. (4th) 288, 2001 FCT 963	819
Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Canada (Ministre du Revenu national)	[2003] A.C.F. nº 1308 (QL), 2003 CF 1037	469
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	712
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	759
Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd	[1984] 1 S.C.R. 583	790
Consumers' Gas Co. v. Ontario (Energy Board)	[2001] O.J. No. 5024 (QL)	160
Contino v. Leonelli-Contino	[2005] 3 S.C.R. 217, 2005 SCC 63	164
Coombe v. Mendit Ld.	(1913), 30 R.P.C. 709	805
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	531
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	531
Cooper v. Hobart	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79	124, 651
Corbett c. La Reine	[1975] 2 R.C.S. 275	636
Corbett v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 275	636
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 1186	658
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5	42, 523
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	42, 523
Cullen v. The King	[1949] S.C.R. 658	614
Cunha v. Cunha	(1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93	935

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	278, 323
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	278, 323
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	457, 476
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	457, 476
DaimlerChrysler AG v. Alavi	[2001] R.P.C. 42, [2000] EWHC Ch 37	851
Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd.	604 F.2d 200 (1979)	859
Danjaq Inc. c. Zervas	[1997] A.C.F. nº 1036 (QL)	807
Danjaq, S.A. v. Zervas	(1997), 75 C.P.R. (3d) 295	806
Davidson c. Canada (Procureur général)	[1989] 2 C.F. 341	464
Davidson v. Canada (Solicitor General)	[1989] 2 F.C. 341	464
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	589
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	589
Delisle Foods Ltd. v. Anna Beth Holdings Ltd.	(1992), 45 C.P.R. (3d) 535	804
Democratic Central Committee of the District of Columbia v. Washington Metropolitan Area Transit Commission	485 F.2d 786 (1973)	204
Dilworth v. Commissioner of Stamps	[1899] A.C. 99	897
Doe v. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police	(1998), 39 O.R. (3d) 487	660
Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)	(1976), 2 A.R. 453	161

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	648
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	90
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	90
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	42, 306, 523
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	193, 270, 306, 793
Dunn v. Dominion Atlantic Railway Co.	(1920), 60 S.C.R. 310	660
Dupré Quarries Ltd. v. Dupré	[1934] S.C.R. 528	101
Duquesne Light Co. v. Barasch	488 U.S. 299 (1989)	178
Dziwenka c. La Reine du chef de l'Alberta	[1972] R.C.S. 419	659
Dziwenka v. The Queen in right of Alberta	[1972] S.C.R. 419	659

E

Echo Bay Mines Ltd. v. Canada	[1992] 3 F.C. 707	724
Edelsten v. Edelsten	(1863), 1 De G. J. & S. 185, 46 E.R. 72	820
Edgar Rice Burroughs, Inc. v. Manns Theatres	195 U.S.P.Q. 159 (1976)	859
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	274, 308
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	274, 308
Elkview Coal Corp. v. U.S.W.A., Local 9346	(2001), 205 D.L.R. (4th) 80, 2001 BCCA 488	708
Elliott v. Canadian Broadcasting Corp	(1993), 16 O.R. (3d) 677	134
Emerson Electric Canada ltée c. Foisy	(2006), 50 C.C.P.B. 287, 2006 QCCA 12	687, 707
Entreprises Ludco Ltée c. Canada	[2001] 2 R.C.S. 1082, 2001 CSC 62	725
Exxon Corp. v. Exxene Corp.	696 F.2d 544 (1982)	859

F

Farber v. Royal Trust Co.	[1997] 1 S.C.R. 846	94
Firestone Tire & Rubber Co. of Canada v. Industrial Acceptance Corp.	[1971] S.C.R. 357	913
Four Seasons Hotels Ltd. v. Four Seasons Television Network Inc.	(1992), 43 C.P.R. (3d) 139	805
Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée	[1996] 2 R.C.S. 495	690
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	194
Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks	[1950] Ex. C.R. 431	819
Friesen v. Canada	[1995] 3 S.C.R. 103	454
Fulton v. Globe & Mail (The)	(1996), 194 A.R. 254	134

G

Gainers Inc. c. Marchildon	[1996] A.C.F. nº 297 (QL)	803
Gainers Inc. v. Marchildon	(1996), 66 C.P.R. (3d) 308	803
Garbo Creations Inc. v. Harriet Brown & Co.	(1999), 3 C.P.R. (4th) 224	794
Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.	[1999] A.C.F. nº 1763 (QL)	794

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.	[1992] 2 S.C.R. 499	48, 88
General Motors Corp. v. Bellows	[1949] S.C.R. 678	804
Goudie c. Ottawa (Ville)	[2003] 1 R.C.S. 141, 2003 CSC 14	705
Goudie v. Ottawa (City)	[2003] 1 S.C.R. 141, 2003 SCC 14	705
Grand Trunk Railway Co. of Canada v. Hepworth Silica Pressed Brick Co.	(1915), 51 S.C.R. 81	892
Graphic Communications Union Local 255-C v. Quebecor Jasper Printing Ltd.	(2002), 333 A.R. 204, 2002 ABQB 959	53
Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon	[1984] 1 R.C.S. 509	67

H

H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	123, 164, 625
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	123, 164, 625
Halifax School for the Blind v. Chipman	[1937] S.C.R. 196	1006
Hamer c. Québec (Sous-ministre du Revenu)	[1998] A.Q. nº 1600 (QL)	681
Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec	[1978] 1 R.C.S. 851	723
Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec	[1978] 1 S.C.R. 851	723
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	474
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	474
Harper c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 2	638
Harper v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 2	638
Hémond c. Coopérative fédérée du Québec	[1989] 2 R.C.S. 962	39, 70, 682
Hendricks c. La Reine	[1970] R.C.S. 237	658
Hendricks v. The Queen	[1970] S.C.R. 237	658
Henry K. Wampole & Co. v. Hervay Chemical Co. of Canada	[1930] S.C.R. 336	814
Heydon's Case	(1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637	892
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	138
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	138
Hill v. William Hill (Park Lane) Ld	[1949] A.C. 530	740
Hollick c. Toronto (Ville)	[2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68	679
Hollick v. Toronto (City)	[2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68	679
Hollis v. Dow Corning Corp.	[1995] 4 S.C.R. 634	659
Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.	[1993] 1 S.C.R. 167	183
Horsley v. MacLaren	[1972] S.C.R. 441	658
Hothi v. R.	[1985] 3 W.W.R. 256	291
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	123, 625
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	576, 602
Huus v. Ontario (Superintendent of Pensions)	(2002), 58 O.R. (3d) 380	1004
Hydro-Québec c. Corbeil	(2005), 47 C.C.P.B. 200, 2005 QCCA 610	688, 707
Hypothèques Trustco Canada c. Canada	[2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54	728

I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631	605

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Idziak v. Canada (Minister of Justice)	[1992] 3 S.C.R. 63	605
Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd	[1991] 2 All E.R. 597	1025
Inco Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)	[2002] O.J. No. 3150 (QL)	737
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	531
Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie	[1978] 1 C.F. 601	171
Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board	[1978] 1 F.C. 601	171
Isidore Garon ltée v. Tremblay	[2006] 1 S.C.R. 27, 2006 SCC 2	682
J		
J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux	[1986] A.Q. nº 613 (QL)	707
J.M. Asbestos Inc. c. Lemieux	SOQUIJ AZ-85149091	686
James Burrough Ltd. v. Reckitt & Colman (Canada) Ltd.	(1967), 53 C.P.R. 276	806
John Walker & Sons Ltd. v. Steinman	(1965), 44 C.P.R. 58	806
Johnston v. M.N.R.	[1948] S.C.R. 486	729
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239	660
Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Seagram Real Estate Ltd.	(1990), 33 C.P.R. (3d) 454	798
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	649
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	649
Keller v. Black	[2000] O.J. No. 79 (QL)	938
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.	[2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65	789
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.	[2005] 3 S.C.R. 302, 2005 SCC 65	789
Klotz v. Corson	(1927), 33 O.W.N. 12	803
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	589
Krause v. Canada	[1999] 2 F.C. 476	466
L		
La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener	[1985] 1 R.C.S. 533	239
Lacroix c. Société Asbestos ltée	(2004), 43 C.C.P.B. 267	706
Lamb v. Canadian Reserve Oil & Gas Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 517	795
Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.	[1972] S.C.R. 569	659
Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)	[2002] 2 R.C.S. 773, 2002 CSC 53	460, 482
Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)	[2002] 2 S.C.R. 773, 2002 SCC 53	460, 482
Lavoie v. R.	[2003] Q.J. No. 1474 (QL)	625
Law Society of New Brunswick v. Ryan	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	793
Leaf Confections Ltd. c. Maple Leaf Gardens Ltd.	[1986] A.C.F. nº 766 (QL)	806
Leaf Confections Ltd. v. Maple Leaf Gardens Ltd.	(1986), 12 C.P.R. (3d) 511	806
Leiriao c. Val-Bélair (Ville)	[1991] 3 R.C.S. 349	183
Leiriao v. Val-Bélair (Town)	[1991] 3 S.C.R. 349	183
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes	[1993] 3 R.C.S. 724	168

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes	[1983] 1 C.F. 182	171
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	274
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	274
Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)	[1986] 3 C.F. 275	181
London Life Insurance Co. v. Dubreuil Brothers Employees Assn.	(2000), 49 O.R. (3d) 766	708
Ludco Enterprises Ltd. v. Canada	[2001] 2 S.C.R. 1082, 2001 SCC 62	725

M

M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	760
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	94
Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise	[2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68	910
Maitland Valley Conservation Authority v. Cranbrook Swine Inc.	(2003), 64 O.R. (3d) 417	435
Malhab c. Métromédia C.M.R. Montréal inc.	[2003] R.J.Q. 1011	679
Manitoba (Attorney General) v. Wiebe	[2005] 2 W.W.R. 707	352
Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 101	239, 854
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 101	239, 854
Marche c. Cie d'Assurance Halifax	[2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6	164
Marche v. Halifax Insurance Co.	[2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6	164
Mariner Real Estate Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)	(1999), 177 D.L.R. (4th) 696	239
Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission of State of California	324 U.S. 548 (1945)	178
Markevich v. Canada	[2003] 1 S.C.R. 94, 2003 SCC 9	454
Martel Building Ltd. v. Canada	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60	124
Martineau c. M.R.N.	[2004] 3 R.C.S. 737, 2004 CSC 81	597
Martineau v. M.N.R.	[2004] 3 S.C.R. 737, 2004 SCC 81	597
Mastercard International Inc. v. Hitachi Credit (UK) Plc	[2004] EWHC 1623	851
Matsushita Electric Industrial Co. c. Panavision, Inc.	[1992] A.C.F. n° 19 (QL)	819
Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.	[2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22	839
Mattel Inc. v. Jcom Inc.	48 U.S.P.Q.2d 1467 (1998)	859
McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.	[1994] A.C.F. n° 638 (QL)	798
McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.	(1994), 55 C.P.R. (3d) 463	799
McDonald's Corp. v. Silcorp Ltd.	(1989), 24 C.P.R. (3d) 207	795
McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough	[1976] 1 S.C.R. 718	38, 70
McLeod v. Egan	[1975] 1 S.C.R. 517	41, 84, 529
Mead Data Central, Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., Inc.	875 F.2d 1026 (1989)	811
Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.	[1958] S.C.R. 353	195
Michelin & Cie v. Astro Tire & Rubber Co. of Canada Ltd.	(1982), 69 C.P.R. (2d) 260	804
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	933
Molis c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 356	433
Molis v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356	433
Molson Breweries v. John Labatt Ltd.	[2000] 3 F.C. 145	794
Molson Breweries v. Swan Brewery Co.	[1994] T.M.O.B. No. 253 (QL)	799
Molson Cos. v. S.P.A. Birra Peroni Industriale	(1992), 45 C.P.R. (3d) 28	799

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	[2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54	990, 1021
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	[2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54	990, 1021
Monsport Inc. c. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée	[1988] A.C.F. nº 1077 (QL)	819
Monsport Inc. v. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée	(1988), 22 C.P.R. 356	819
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	[2005] 3 S.C.R. 141, 2005 SCC 62	322
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	[2005] 3 R.C.S. 141, 2005 CSC 62	322
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)	[2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11	796
Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)	[2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11	796
Morneault c. Canada (Procureur général)	[2001] 1 C.F. 30	466
Morneault v. Canada (Attorney General)	[2001] 1 F.C. 30	466
Morning Star Co-Operative Society Ltd. v. Express Newspapers Ltd.	[1979] F.S.R. 113	803
Moseley v. V Secret Catalogue, Inc.	537 U.S. 418 (2003)	850
Mr. Submarine Ltd. c. Amandista Investments Ltd.	[1987] A.C.F. nº 1123 (QL)	803
Mr. Submarine Ltd. v. Amandista Investments Ltd.	(1987), 19 C.P.R. (3d) 3	803
Multani (Tuteur de) c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois	[2002] J.Q. nº 619 (QL)	289
Multiplicant Inc. c. Petit Bateau Valton S.A.	[1994] A.C.F. nº 382 (QL)	819
Multiplicant Inc. v. Petit Bateau Valton S.A.	(1994), 55 C.P.R. (3d) 372	819

N

Nadon c. Anjou (Ville d')	[1994] R.J.Q. 1823	679
Nance v. British Columbia Electric Railway Co.	[1951] A.C. 601	137
National Energy Board Act (Can.) (Re)	[1986] 3 F.C. 275	181
National Hockey League v. Pepsi-Cola Canada Ltd.	(1992), 70 B.C.L.R. (2d) 27	798
New Balance Athletic Shoes, Inc. v. Matthews	(1992), 45 C.P.R. (3d) 140	798
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)	[1993] 1 R.C.S. 319	18
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)	[1993] 1 S.C.R. 319	18
New Brunswick v. O'Leary	[1995] 2 S.C.R. 967	36, 70, 686
New York Water Service Corp. v. Public Service Commission	208 N.Y.S.2d 857 (1960)	208
Nichols v. American Home Assurance Co.	[1990] 1 S.C.R. 801	767
Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée	(1999), 36 C.H.R.R. D/76	291
Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.	(1999), 36 C.H.R.R. D/76	291
Noël c. Société d'énergie de la Baie James	[1998] R.J.Q. 2270	40
Noël c. Société d'énergie de la Baie James	[2001] 2 R.C.S. 207, 2001 CSC 39	38, 67, 682, 701
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera	[2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24	758
Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton	[1979] 1 R.C.S. 684	175, 208
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton	[1979] 1 S.C.R. 684	175, 208
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967	686
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	273, 523, 302, 541
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	273, 302, 523, 541

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Novopharm Ltd. c. Bayer Inc.	[2000] A.C.F. nº 1864 (QL)	794
Novopharm Ltd. v. Bayer Inc.	(2000), 9 C.P.R. (4th) 304	794
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	737
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	737

O

Odhavji Estate v. Woodhouse	[2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69	650
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	316

P

Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)	[2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64	183
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)	[2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64	183
Pan American World Airways Inc. c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 565	883
Pan American World Airways Inc. v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 565	883
Panavision, Inc. v. Matsushita Electric Industrial Co.	(1992), 40 C.P.R. (3d) 486	819
Pandori v. Peel Bd. of Education	(1990), 12 C.H.R.R. D/364	289
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	[2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42	24, 37, 65, 306, 534, 686
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42	24, 37, 65, 306, 534, 686
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55	527
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55	527
Paulin Chambers Co. v. Rowntree Co.	(1966), 51 C.P.R. 153	797
Pebble Beach Co. v. Lombard Brands Ltd.	[2002] S.L.T. 1312, [2002] ScotCS 265	851
Penetanguishene Mental Health Centre v. Ontario (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 498, 2004 SCC 20	340
Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise	[2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68	910
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	194, 796
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 S.C.R. 557	194, 796
Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)	(1987), 17 C.P.R. (3d) 289	794
Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital	[2004] 1 S.C.R. 528, 2004 SCC 21	340
Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.	[1998] 3 F.C. 534	793, 837
Pitt Polder Preservation Society v. Pitt Meadows (District)	(2000), 12 M.P.L.R. (3d) 1, 2000 BCCA 415	248
Playboy Enterprises, Inc. v. Welles	279 F.3d 796 (2002)	859
Polaroid Corp. v. Polaraid, Inc.	319 F.2d 830 (1963)	859
Polo Ralph Lauren Corp. v. United States Polo Assn.	(2000), 9 C.P.R. (4th) 51	797
Purafil, Inc. c. Purafil Canada Ltd	[2004] A.C.F. nº 628 (QL), 2004 CF 522	797
Purafil, Inc. v. Purafil Canada Ltd	(2004), 31 C.P.R. (4th) 345, 2004 FC 522	797
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	159

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	159

Q

Quebec (Attorney General) v. Laroche	[2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72	398
Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)	[2004] 2 S.C.R. 223, 2004 SCC 40	531
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27	548
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)	[2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39	70, 536, 702
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27	548
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)	[2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39	70, 536, 702
Québec (Commission des normes du travail) c. Campeau Corp.	[1989] R.J.Q. 2108	79
Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 S.C.R. 3	726
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	679
Québec (Procureur général) c. Laroche	[2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72	398
Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)	[2004] 2 R.C.S. 223, 2004 CSC 40	531
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	679

R

R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	589
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	578
R. v. Bergeron	(1998), 132 C.C.C. (3d) 45	389
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	276
R. v. Braich	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27	626, 632
R. v. Briggs	(2001), 157 C.C.C. (3d) 38	578
R. v. Buckingham	(2004), 187 O.A.C. 140	638
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	625, 635
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	626, 637
R. v. C.D.	[2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78	964
R. v. Cancoil Thermal Corp.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 295	436
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	580
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299	426
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	575
R. v. Demers	[2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46	346
R. v. Dubois	[1935] S.C.R. 378	898
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	283

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

R. v. Evans ... [1993] 2 S.C.R. 629 ... 614
R. v. Finta ... [1994] 1 S.C.R. 701 ... 589
R. v. Gardiner ... [1982] 2 S.C.R. 368 ... 948
R. v. Garoufalis ... (1998), 131 C.C.C. (3d) 242 ... 403
R. v. Geschwandtner ... (2004), 241 Sask. R. 248, 2004 SKCA 15 ... 403
R. v. Golden ... [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83 ... 572
R. v. Grant ... [1993] 3 S.C.R. 223 ... 580
R. v. Harrer ... [1995] 3 S.C.R. 562 ... 589
R. v. Harvey ... (2001), 160 C.C.C. (3d) 52 ... 390
R. v. J.B. ... (2004), 200 B.C.A.C. 115, 2004 BCCA 342 ... 638
R. v. Jacques ... [1996] 3 S.C.R. 312 ... 580
R. v. James ... (2005), 193 C.C.C. (3d) 340, 2005 NSCA 22 ... 638
R. v. Jorgensen ... [1995] 4 S.C.R. 55 ... 434
R. v. Keegstra ... [1990] 3 S.C.R. 697 ... 278
R. v. Kerr ... (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30 ... 638
R. v. Khan ... [1990] 2 S.C.R. 531 ... 624
R. v. Larivière ... (2000), 38 C.R. (5th) 130 ... 435
R. v. Lewis ... (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 ... 359
R. v. Livermore ... [1995] 4 S.C.R. 123 ... 619
R. v. Loblaw Groceteria Co. (Manitoba) Ltd. ... [1961] S.C.R. 138 ... 897
R. v. Lyons ... [1987] 2 S.C.R. 309 ... 589
R. v. M. (C.A.) ... [1996] 1 S.C.R. 500 ... 948
R. v. M. (J.J.) ... [1993] 2 S.C.R. 421 ... 951
R. v. M. (M.R.) ... [1998] 3 S.C.R. 393 ... 297
R. v. M. (Y.) ... (2004), 71 O.R. (3d) 388 ... 639
R. v. MacDougall ... [1982] 2 S.C.R. 605 ... 434
R. v. Mann ... [2004] 3 S.C.R. 59, 2004 SCC 52 ... 572
R. v. McIntosh ... [1995] 1 S.C.R. 686 ... 170, 468
R. v. McKinlay Transport Ltd. ... [1990] 1 S.C.R. 627 ... 575
R. v. McLaughlin ... (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 ... 385
R. v. McShannock ... (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 ... 386
R. v. Miller ... [1985] 2 S.C.R. 613 ... 497
R. v. Mills ... [1986] 1 S.C.R. 863 ... 685
R. v. Mills ... [1999] 3 S.C.R. 668 ... 574
R. v. Monney ... [1999] 1 S.C.R. 652 ... 580
R. v. Morgentaler ... [1993] 3 S.C.R. 463 ... 901
R. v. Morin ... [1988] 2 S.C.R. 345 ... 619, 614
R. v. Murrins ... (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 ... 587
R. v. Neves ... (2005), 202 C.C.C. (3d) 375, 2005 MBCA 112 ... 402
R. v. O ... (1986), 27 C.C.C. (3d) 376 ... 955
R. v. Oakes ... [1986] 1 S.C.R. 103 ... 268, 313, 319
R. v. Owen ... [2003] 1 S.C.R. 779, 2003 SCC 33 ... 340
R. v. Pontes ... [1995] 3 S.C.R. 44 ... 432
R. v. R. (D.) ... [1996] 2 S.C.R. 291 ... 627, 639

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	589
R. v. S.A.B.	[2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60	564, 604
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	572
R. v. Savard	(1998), 126 C.C.C. (3d) 562	402
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	625, 632
R. v. Shubley	[1990] 1 S.C.R. 3	597
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	580
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	575, 605
R. v. Sutton	[2000] 2 S.C.R. 595, 2000 SCC 50	615
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	345
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	311
R. v. Tillekaratna	(1998), 124 C.C.C. (3d) 549	387
R. v. Ulybel Enterprises Ltd.	[2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56	899
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	432
R. v. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	426
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	635
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541	596
R. v. Wile	(1990), 58 C.C.C. (3d) 85	387
R. v. Wu	[2003] 3 S.C.R. 530, 2003 SCC 73	411
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	636
Re Alberta Government Telephones	Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984	165, 211
Re Arizona Public Service Co.	91 P.U.R. 4th 337 (1988)	201
Re ATCO Gas-North	Alta. E.U.B., Decision 2001-65, July 31, 2001	154
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	432
Re Boston Gas Co.	49 P.U.R. 4th 1 (1982)	198
Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission	(1987), 59 O.R. (2d) 79	195
Re California Water Service Co.	66 C.P.U.C. 2d 100 (1996)	210
Re Canadian Western Natural Gas Co.	Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984	176, 211
Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992	62 C.P.U.C. 2d 517 (1995)	209
Re Consumers' Gas Co.	E.B.R.O. 341-I, June 30, 1976	198
Re Consumers' Gas Co.	E.B.R.O. 410-II, 411-II, 412-II, March 23, 1987	180
Re Consumers' Gas Co.	E.B.R.O. 465, March 1, 1991	199
Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.	(1981), 126 D.L.R. (3d) 705	179
Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.	(1982), 141 D.L.R. (3d) 641	171
Re Natural Resource Gas Ltd.	O.E.B., RP-2002-0147, EB-2002-0446, June 27, 2003	199
Re Southern California Gas Co.	118 P.U.R. 4th 81 (1990)	203
Re Southern California Water Co.	43 C.P.U.C. 2d 596 (1992)	201
Re TransAlta Utilities Corp.	Alta. P.U.B., Decision No. E84115, October 12, 1984	154, 165, 211
Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board	(1983), 1 D.L.R. (4th) 698	176
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners	[2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14	69, 685, 699

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners	[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14	69, 685, 699
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	755
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	432
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	164, 452, 476, 901
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	285
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	285
Rock Forest (Ville) v. Gosselin	[1991] R.J.Q. 1000	101
Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825	271, 307
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	271, 307
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp	[1997] 1 S.C.R. 411	911
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	[2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75	588, 604
Ruby v. Canada (Solicitor General)	[2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75	588, 604
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	314, 572
S		
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	[2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29	189, 796
S.Y. v. F.G.C.	(1996), 78 B.C.A.C. 209	138
Safeway Stores, Inc. v. Safeway Insurance Co.	657 F. Supp. 1307 (1985)	800
Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)	[1988] A.C.F. nº 902 (QL), conf. par [1990] A.C.F. nº 81 (QL)	450
Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)	(1988), 24 F.T.R. 32	450
Saunders v. Vautier	(1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482	982, 1006
Schacter v. Centre d'accueil Horizons de la jeunesse	[1997] R.J.Q. 1828	101
Schmidt v. Air Products Canada Ltd.	[1994] 2 S.C.R. 611	989, 1006
Schmidt v. Schmidt	(1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113	937
Schreiber c. Canada (Procureur général)	[2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62	897
Schreiber v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62	897
Schwartz v. Canada	[1996] 1 S.C.R. 254	625
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	314, 572
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria	[1981] 2 S.C.R. 181	550
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	728
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	728
Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	(2001), 213 F.T.R. 125, 2001 FCT 1202	450
Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	[2001] A.C.F. nº 1654 (QL), 2001 CFPI 1202	450
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	271, 306, 897
SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)	[2003] 4 C.F. 900, 2003 CFPI 681	453
SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation)	[2003] 4 F.C. 900, 2003 FCT 681	453
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	65, 796

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Spring v. Guardian Assurance plc	[1994] 3 All E.R. 129	134
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219	[1986] 1 R.C.S. 704	39, 68, 686
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704	39, 68, 686
Standard Broadcasting Corp. v. Stewart	[1994] R.J.Q. 1751	47
Stewart v. Pettie	[1995] 1 S.C.R. 131	652
Strang v. Strang	[1992] 2 S.C.R. 112	934
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	727
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	727
Succession Odhavji c. Woodhouse	[2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69	650
Sun Life Assurance Co. of Canada v. Sunlife Juice Ltd.	(1988), 22 C.P.R. (3d) 244	798
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	572
Syndicat canadien de la fonction publique c. Société Radio-Canada	[1992] 2 R.C.S. 7	689
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	306
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée	[1959] S.C.R. 206	39, 70, 682
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail	[1984] 2 R.C.S. 412	306
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412	306
Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec c. Paquet (Collège d'enseignement général et professionnel régional de Lanaudière et Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec, section locale 8)	[2005] J.Q. nº 678 (QL), 2005 QCCA 109	690, 711
Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe	[1980] C.A. 568	679
Syndicat Northcrest v. Amselem	[2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47	276

T

Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	550
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	550
The Emilie Millon	[1905] 2 K.B. 817	906
The Queen in Right of British Columbia v. Tener	[1985] 1 S.C.R. 533	239
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	589
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	589
Thornton v. School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	138
Tiffany & Co. v. Boston Club, Inc.	231 F.Supp. 836 (1964)	859
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	712
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	712

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 ... [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63 ... 712
Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha v. Lexus Foods Inc. ... [2001] 2 F.C. 15 ... 793, 837
Toys "R" Us (Canada) Ltd. c. Manjel Inc. ... [2003] A.C.F. nº 398 (QL), 2003 CFPI 283 ... 799
Toys "R" Us (Canada) Ltd. v. Manjel Inc. ... (2003), 229 F.T.R. 71, 2003 FCT 283 ... 799
Toys "R" Us Inc. v. Akkaoui ... 40 U.S.P.Q.2d 1836 (1996) ... 859
TransAlta Utilities Corp. (Re) ... [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL) ... 165
TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.) ... (1986), 68 A.R. 171 ... 154, 190
Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc. ... [1990] R.D.J. 500 ... 679
Tremblay v. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57 ... [2002] 2 S.C.R. 627, 2002 SCC 44 ... 98
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ... [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31 ... 276, 303

U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault ... [1988] 2 S.C.R. 1048 ... 793
Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas and Petroleum Co. ... [1957] S.C.R. 185 ... 195
Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 480 c. Albright & Wilson Amérique ltée ... (2000), 28 C.C.P.B. 306 ... 687, 707
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd. ... [1993] 2 S.C.R. 316 ... 194
United States v. Kincade ... 379 F.3d 813 (2004) ... 591
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville) ... [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19 ... 159
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City) ... [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19 ... 159
Unitel Communications Inc. c. Bell Canada ... [1995] A.C.F. nº 613 (QL) ... 799
Unitel Communications Inc. v. Bell Canada ... (1995), 92 F.T.R. 161 ... 799
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ... [2001] 1 R.C.S. 772, 2001 CSC 31 ... 276, 303

V

Vézeau c. La Reine ... [1977] 2 R.C.S. 277 ... 619
Vézeau v. The Queen ... [1977] 2 S.C.R. 277 ... 619
Vidéotron ltée c. Turcotte ... [1998] A.Q. nº 2742 (QL) ... 708
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92 ... [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23 ... 43, 712
Vriend v. Alberta ... [1998] 1 S.C.R. 493 ... 573

W

Walt Disney Productions v. Fantasyland Hotel Inc. ... (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 146 ... 798
Weatherall c. Canada (Procureur général) ... [1993] 2 R.C.S. 872 ... 586
Weatherall v. Canada (Attorney General) ... [1993] 2 S.C.R. 872 ... 586
Weber v. Ontario Hydro ... [1995] 2 S.C.R. 929 ... 36, 68, 685, 699
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton ... [2001] 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46 ... 679
Western Clock Co. v. Oris Watch Co. ... [1931] Ex. C.R. 64 ... 813
White v. The King ... [1947] S.C.R. 268 ... 619

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	[2000] 1 S.C.R. 915, 2000 SCC 36	723
Willick v. Willick	[1994] 3 S.C.R. 670	572, 937
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	336
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625	336

Y

Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	322
Yukon Energy Corp. v. Utilities Board	(1996), 74 B.C.A.C. 58	200

Z

Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321	538
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321	538

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1
- s. 19 441
- s. 20 441
- s. 44 441

Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act, S.C. 1992, c. 5
- s. 9 865

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17
- s. 15(3) 140

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
- s. 1 256
- s. 2(a) 256
- s. 7 554
- s. 8 554
- s. 11(h) 554
- s. 11(i) 554

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6
- s. 11 3

Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12
- s. 38(1) 108
- s. 38(6) 108

Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20
- s. 55 865
- s. 56 865

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
- art. 2091 27
- art. 2092 27

PAGE

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
- s. 462.37 392
- s. 487.055 554
- s. 672.54 326
- s. 672.55 326
- s. 672.78(1)(a) 326
- s. 676(1)(a) 609
- s. 686(1)(a)(i) 381
- s. 718(b) 941

D

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)
- s. 15.2 920

E

Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082
- s. 10 3

G

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5
- s. 22(1) 140
- s. 26(2) 140

H

Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2
- s. 31.1 420
- s. 93.1 420

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19
- s. 47(2) 513

PAGE

M

Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15
s. 1(1) "hedging" 715

O

Ontario Disability Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B
s. 5(2) 513

Ontario Works Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A
s. 67(2) 513

P

Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.)
s. 29(2) 973
s. 29(11) 973

Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45
s. 37 140

R

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10
s. 10 1027
s. 20 1027

PAGE

T

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13
s. 2 772
s. 6 ..... 772, 824
s. 20 824
s. 22 824

V

Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55
s. 2 227
s. 561 227
s. 562 227
s. 563 227
s. 569 227

Y

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1
s. 3 941
s. 38 941
s. 42(2)(n) 941
s. 42(2)(o) 941
s. 50(1) 941

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17
art. 15(3) 140

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 256
art. 2a) 256
art. 7 554
art. 8 554
art. 11h) 554
art. 11i) 554

Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12
art. 38(1) 108
art. 38(6) 108

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 2091 27
art. 2092 27

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 462.37 392
art. 487.055 554
art. 672.54 326
art. 672.55 326
art. 672.78(1)a) 326
art. 676(1)a) 609
art. 686(1)a)(i) 381
art. 718b) 941

Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2
art. 31.1 420
art. 93.1 420

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19
art. 47(2) 513

PAGE

G

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5
art. 22(1) 140
art. 26(2) 140

L

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6
art. 11 3

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.)
art. 29(2) 973
art. 29(11) 973

Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, L.O. 1997, ch. 25, ann. B
art. 5(2) 513

Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail, L.O. 1997, ch. 25, ann. A
art. 67(2) 513

Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15
art. 1(1) « couverture » 715

Loi relative aux cessions d'aéroports, L.C. 1992, ch. 5
art. 9 865

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1
art. 19 441
art. 20 441
art. 44 441

Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20
art. 55 865
art. 56 865

	PAGE
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10	
art. 10	1027
art. 20	1027
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.)	
art. 15.2	920
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1	
art. 3	941
art. 38	941
art. 42(2)n)	941
art. 42(2)o)	941
art. 50(1)	941
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13	
art. 2	772
art. 6	772, 824
art. 20	824
art. 22	824

O

	PAGE
Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082	
art. 10	3

P

	PAGE
Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45	
art. 37	140

V

	PAGE
Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55	
art. 2	227
art. 561	227
art. 562	227
art. 563	227
art. 569	227

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

American Law Institute. *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 25, cmts. *b*, *e*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1995. 850

Anisman, Philip, and Robert F. Reid. *Administrative Law Issues and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995. 195

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. ..... 55, 88

Beaulieu, Jacqueline, et autres. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite : annotations et commentaires*. Québec : Régie des rentes du Québec, 1992 (feuilles mobiles mises à jour mars 1998, envoi nº 6). 691

Béliveau, Nathalie-Anne. *Les normes du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. 72

Bennett, Colin J. "The privacy commissioner of Canada: Multiple roles, diverse expectations and structural dilemmas" (2003), 46 *Canadian Public Administration* 218. 486

Bich, Marie-France. « Contrat de travail et Code civil du Québec — Rétrospective, perspectives et expectatives », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996, 189. 53

Bich, Marie-France. « Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation » (1986), 17 *R.G.D.* 85. 101

Black, Alexander J. "Responsible Regulation: Incentive Rates for Natural Gas Pipelines" (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349. 151

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001. 164

Blouin, Rodrigue, et Fernand Morin. *Droit de l'arbitrage de grief*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2000. ..... 97, 689

Brown, David M. *Energy Regulation in Ontario*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated November 2004, release 3). 164

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005). 194, 244

Brown-John, C. Lloyd. *Canadian Regulatory Agencies: Quis custodiet ipsos custodes?* Toronto: Butterworths, 1981. 150

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002. 311

Bunker, Donald H. *Canadian Aviation Finance Legislation*. Montreal: Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, 1989. 900

PAGE

Canada. Bureau du surintendant des institutions financières. *Lignes directrices à l'intention des administrateurs sur la cessation des régimes de pension*, 25 novembre 1992 (rév. 1er juillet 1993) (en ligne : http//:www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/fra/retraite/guides/92_11_15b_f.html). 991

Canada. Canadian Human Rights Commission. *Background notes on proposed guidelines — equal pay for work of equal value*. Ottawa: The Commission, 1985. 19

Canada. Canadian Human Rights Commission. *Equal Pay for Male and Female Employees Who Are Performing Work of Equal Value — Interpretation Guide for Section 11 of the Canadian Human Rights Act*. Ottawa: The Commission, 1978. 16

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 33e lég., 20 juin 1985, p. 6065-6066. 901

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 1re sess., 32e lég., 29 janvier 1981, p. 6689-6691. 458

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 2e sess., 35e lég., 25 mars 1996, p. 1152-1154. 893

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 15 mai 1996, p. 2821, 2834, 29 mai 1996, p. 3144, 4 juin 1996, p. 3394, 3410. ..... 885, 901

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, 1re sess., 36e lég., 4 novembre 1998, p. 9840. 409

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule no 1, 2e sess., 33e lég., 5 novembre 1987, p. 1:8. 398

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-61*, fascicule no 9, 2e sess., 33e lég., 1er juin 1988, p. 9:27. 410

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, fascicule no 11, le 17 mai 1977, 2e sess., 30e lég., 1976-1977, p. 11:46. 16

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques*, fascicule no 12, le 18 mai 1977, 2e sess., 30e lég., 1976-1977, p. 12:19-12:20. 15

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Égalité de rémunération pour les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes — Guide d'interprétation de l'article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ottawa : La Commission, 1978. 16

Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Notes d'information sur l'ordonnance proposée — l'égalité de rémunération pour des fonctions équivalentes*. Ottawa : La Commission, 1985. 19

Canada. Department of Justice. "YCJA Explained" (May 7, 2002). Ottawa: Department of Justice, (online: www.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf.) 966

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1985, pp. 6065-66. 901

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 1st Sess., 32nd Parl., January 29, 1981, pp. 6689-91. 457

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 2nd Sess., 35th Parl., March 25, 1996, pp. 1152-54. 885

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., May 15, 1996, pp. 2821, 2834, May 29, 1996, p. 3144, June 4, 1996, pp. 3394, 3410. ..... 885, 901

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, 1st Sess., 36th Parl., November 4, 1998, p. 9840. 409

PAGE

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 5, 1987, p. 1:8. 398

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-61*, Issue No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., June 1, 1988, p. 9:27. 410

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 11, May 17, 1977, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-1977, p. 11:46. 16

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs*, Issue No. 12, May 18, 1977, 2nd Sess., 30th Parl., 1976-1977, pp. 12:19-12:20. 15

Canada. Justice Canada. Rapport du conseiller spécial auprès du ministre de la Justice. *Les Commissariats à l'information et à la protection de la vie privée : fusion et questions connexes*, par Gérard V. La Forest, 15 novembre 2005 (en ligne : www.justice.gc.ca/fr/pl/toc.html). 462

Canada. Justice Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of Justice. *The Offices of the Information and Privacy Commissioners: The Merger and Related Issues*, by Gérard V. La Forest, November 15, 2005 (online: www.justice.gc.ca/en/pl/toc.html). 462

Canada. Ministère de la Justice. « La LSJPA expliquée » (28 mai 2002). Ottawa : Ministère de la Justice (en ligne : www.justice.gc.ca/fr/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf). 966

Canada. Office of the Superintendent of Financial Institutions. *Guidelines to Administrators for Plan Terminations*, November 25, 1992 (rev. July 1, 1993) (online: http//:www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/eng/pension/guides/92-11-15b_e.html). 991

Canada. *Rapport de la Commission de la revision de la loi sur les marques de commerce au Secrétaire d'État du Canada*. Par Harold G. Fox, président. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1953. ..... 791, 848

Canada. *Report of Trade Mark Law Revision Committee to the Secretary of State of Canada*. By Harold G. Fox, Chairman. Ottawa: Queen's Printer, 1953. ..... 791, 848

Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 135, 2e sess., 35e lég., 10 juin 1996, p. 588-589. 901

Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 135, 2nd Sess., 35th Parl., June 10, 1996, pp. 588-89. 901

Canadian Institute of Resources Law. *Canada Energy Law Service: Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto: Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2). 172

"Clause by Clause Analysis for the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*", as presented to the Senate Committee on Transport and Communications. 902

Concise Oxford English Dictionary, 11th ed. Oxford: University Press, 2004, "direct". 343

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Protocole de rédaction de la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada*, par. 21(4) (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=5). ... 897

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. 169

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 169

Crête, Raymonde. « Les régimes complémentaires de retraite au Québec : une institution à découvrir en droit civil » (1989), 49 *R. du B.* 177. 691

Cross, Phillip S. "Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard?" (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44. 201

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1989. 987

PAGE

Depoorter, Ben W. F. "Regulation of Natural Monopoly", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000. 151

Doucet, René. « La résiliation du contrat de travail en droit québécois » (1974), 9 *R.J.T.* 249. 80

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 164, 397, 457, 892

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. 679

Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1956. 849

Fox, Harold George. *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1972. ..... 815, 853

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002. 657

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ..... 97, 682

Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2e éd. Ste-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1991. ..... 101, 690

Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 3, *Les chartes*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992. 312

Garant, Patrice. *Droit scolaire*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992. 324

German, Peter Maurice. *Proceeds of Crime: The Criminal Law, Related Statutes, Regulations and Agreements*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2005, rel. 3). 398

Gill, A. Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf updated 2005, release 2). 814, 853

Gillese, Eileen E. "Pension Plans and the Law of Trusts" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221. 988

Green, Richard, and Martin Rodriguez Pardina. *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators*. Washington, D.C.: World Bank, 1999. 174

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Carswell, 2003 (loose-leaf updated December 2005, release 2). 731

Hayton, David J. *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. London: Butterworths, 1987. 992

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2005. 728

Holmes' Appleman on Insurance 2d, Interim vol. 23. Newark, N.J.: LexisNexis, 2003. 757

Institut canadien du droit des ressources. *Canada Energy Law Service : Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto : Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2). 172

International Trademark Association. *The Protection of Well-Known Marks In the European Union, Canada and the Middle East: A Country and Regional Analysis*. New York: INTA, October 2004. 856

Judge, Elizabeth J., and Daniel Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005. ..... 813, 847

Kahn, Alfred E. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. 1, *Economic Principles*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988. 151

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. 991

PAGE

Kraus, Brent W. "The Use and Regulation of Derivative Financial Products in Canada" (1999), 9 *W.R.L.S.I.* 31. 731

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 8th ed. Toronto: Carswell, 2004. 729

Laporte, Pierre. *La réintégration du salarié : Nouvelles perspectives.* Montréal : Wilson & Lafleur, 1995. .. 101

Lauzon, Yves. *Le recours collectif.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001. 679

Lavoie, Linda, et Myriam Trudel. *Loi sur l'équité salariale annotée.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001. 11

Létourneau, Gilles, et Pierre Robert. *Code de procédure pénale du Québec annoté*, 6e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004. 433

Lindley & Banks on Partnership, 18th ed. by R.C. I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 2002. 855

MacAvoy, Paul W., and J. Gregory Sidak. "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233. 151

Macquarie Dictionary, rev. 3rd ed. Sydney, Australia: Macquarie Library, 2002, "Barbie doll". 816

McCarthy, J. Thomas. *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, vol. 4, 4th ed. Deerfield, Ill.: Thomson/West, 1996 (loose-leaf updated December 2005, release 36). 783, 852

McLeod, Neil R. "Severance Pay at Arbitration: A Union Viewpoint", in William Kaplan et al., eds., *Labour Arbitration Yearbook 1998.* Toronto: Butterworths – Lancaster House, 1998, 269. 48

Mendes, Errol. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005, 165. 312

Milner, H. R. "Public Utility Rate Control in Alberta" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 101. 171

Morin, Fernand. « Effets combinatoires de deux codes : *Code du travail* et *Code civil du Québec* » (1994), 49 *Relat. ind.* 227. ..... 45, 90

Morin, Fernand. « Le contrat de travail : fiction et réalité! », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 179. 56

Morin, Fernand. « Pertinence, cohérence et conséquences de l'arrêt *Parry Sound* », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 29. 86

Morin, Fernand, et Jean-Yves Brière. *Le droit de l'emploi au Québec*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2003. ..... 23, 39, 92

Mostert, Frederick W. *Famous and Well-Known Marks: An International Analysis.* London: Butterworths, 1997. ..... 812, 856

Mullan, David J. *Administrative Law.* Toronto: Irwin Law, 2001. 150

Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate". In Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law.* Cowansville: Yvon Blais, 1989, 59. 988

Nadeau, Denis. « L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation » (2004), 64 *R. du B.* 161. 70

Netz, Janet S. "Price Regulation: A (Non-Technical) Overview", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts.* Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000. 151

New Shorter Oxford English Dictionary, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "depreciate". 858

PAGE

Nouveau Petit Robert. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2004, « déprécier ». 858

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 19A, 2e sess., 36e lég., 2 juin 1998, p. 971. 519

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, n° 222B, 1re sess., 36e lég., 2 septembre 1997, p. 11708. 549

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 19A, 2nd Sess., 36th Parl., June 2, 1998, p. 971. 519

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, No. 222B, 1st Sess., 36th Parl., September 2, 1997, p. 11708. 549

Otis, Louise. « L'ordre public dans les relations de travail » (1999), 40 *C. de D.* 381. 88

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001. 934

"Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . ." *Business & Legal Reports*, October 1, 2003 (online: http://comp.blr.com/display.cfm?id=150239). 989

Perrault, Gabrielle. *Le contrôle judiciaire des décisions de l'administration : De l'erreur juridictionnelle à la norme de contrôle*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. 306

Pinard, Danielle. « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt *Slaight Communications* » (1992), 1 *N.J.C.L.* 79. 312

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec : Un mouvement de société*, t. I et II. Québec : Publications du Québec, 1993. ..... 54, 91

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2001, « loi », « règle ». 310

Reid, Linda Thompson. *Statement to the Jesuits on Behalf of the Survivors of Child Sexual Abuse By the Jesuit Priest*. Ontario: Committee on Sexual Abuse, First Nations Cape Croker Reserve, June 1992. ... 749

Reid, Robert F., and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978. ... 195

Rienzo, Douglas. "Trust Law and Access to Pension Surplus" (2005), 25 *E.T.P.J.* 14. 988

Roberts, Julian V., and Nicholas Bala. "Understanding Sentencing Under the *Youth Criminal Justice Act*" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 395. 955

Robinson, Christopher. "The Canadian Trade Marks Act of 1954 — A Review of Some of Its Features" (1959), 32 *C.P.R.* 45. 849

Savard, Manon, et Anouk Violette. « Les affaires *Weber*, *O'Leary*, et *Canadien Pacifique Ltée* : que reste-t-il pour les cours de justice? », dans *Développements récents en droit du travail (1997)*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997, 49. 688

Smithson, Charles W. "A Building Block Approach to Financial Engineering: An Introduction to Forwards, Futures, Swaps and Options" (1997), 1017 PLI/Corp 9. 739

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001. 433

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. 739

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002. ..... 168, 489, 897

Trebilcock, Michael J. "The Consumer Interest and Regulatory Reform", in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada*. Toronto: Macmillan of Canada, 1978, 94. 150

Uniform Law Conference of Canada. *Drafting Conventions for the Uniform Law Conference of Canada*, s. 21(4) (online: http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=5). 897

PAGE

Vaver, David. "Unconventional and Well-known Trade Marks", [2005] *Sing. J.L.S.* 1. 789

Verge, Pierre. « Faut-il "nommer" le contrat de travail? » (1988), 29 *C. de D.* 977. 54

Verge, Pierre. « Le contrat de travail selon le *Code civil du Québec* : pertinence ou impertinence? » (1993), 24 *R.G.D.* 237. 39

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005. ..... 992, 1018

Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325. 287

NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority, Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority and St. John's International Airport Authority *Appellants/Respondents on cross-appeals*

v.

International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd., U.S. Airways Inc., G.E. Capital Aviation Services Inc., as Agent and Manager for Polaris Holding Company and AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., PALS I, Inc., Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., MSA V, RRPF Engine Leasing Limited, Canadian Imperial Bank of Commerce, Flight Logistics Inc., C.I.T. Leasing Corporation, NBB-Royal Lease Partnership One and GATX/CL Air Leasing Cooperative Association *Respondents/ Appellants on cross-appeals*

NAV Canada *Appellant*

v.

Wilmington Trust Company and Wilmington Trust Corporation *Respondents*

NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority, Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority et St. John's International Airport Authority *Appelantes/intimées aux pourvois incidents*

c.

International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd., U.S. Airways Inc., G.E. Capital Aviation Services Inc., en qualité de mandataire et gestionnaire de Polaris Holding Company et AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., PALS I, Inc., Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., MSA V, RRPF Engine Leasing Limited, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Flight Logistics Inc., C.I.T. Leasing Corporation, NBB-Royal Lease Partnership One et GATX/CL Air Leasing Cooperative Association *Intimées/ appelantes aux pourvois incidents*

NAV Canada *Appelante*

c.

Wilmington Trust Company et Wilmington Trust Corporation *Intimées*

NAV Canada *Appellant*

v.

G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Heather Leasing Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Inter-Canadian (1991) Inc. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

NAV Canada *Appellant*

v.

Inter-Canadian (1991) Inc., Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Aéroports de Montréal, Greater Toronto Airports Authority, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

Aéroports de Montréal *Appellant*

v.

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

Greater Toronto Airports Authority *Appellant*

v.

NAV Canada *Appelante*

c.

G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Heather Leasing Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Inter-Canadien (1991) Inc. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

NAV Canada *Appelante*

c.

Inter-Canadien (1991) Inc., Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Aéroports de Montréal, Greater Toronto Airports Authority, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

Aéroports de Montréal *Appelante*

c.

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

Greater Toronto Airports Authority *Appelante*

c.

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Aéroports de Montréal, NAV Canada, Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. and Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appellant*

v.

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

NAV Canada *Appellant*

v.

Inter-Canadian (1991) Inc., Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc., Aéroports de Montréal, Greater Toronto Airports Authority and Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Respondents*

- and -

Aéroports de Montréal *Appellant*

v.

Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Aéroports de Montréal, NAV Canada, Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appelante*

c.

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

NAV Canada *Appelante*

c.

Inter-Canadien (1991) Inc., Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc., Aéroports de Montréal, Greater Toronto Airports Authority et Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Intimées*

- et -

Aéroports de Montréal *Appelante*

c.

Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de

de transport régional, ATR Marketing Inc., Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc., NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority and Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Respondents*

- and -

Greater Toronto Airports Authority *Appellant*

v.

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Aéroports de Montréal, NAV Canada, Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. and Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appellant*

v.

Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

Aéroports de Montréal *Appellant*

v.

transport régional, ATR Marketing Inc., Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc., NAV Canada, Greater Toronto Airports Authority et Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Intimées*

- et -

Greater Toronto Airports Authority *Appelante*

c.

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc., Aéroports de Montréal, NAV Canada, Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appelante*

c.

Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional, ATR Marketing Inc. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

Aéroports de Montréal *Appelante*

c.

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

Aéroports de Montréal *Appellant*

v.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company, Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. and Renaissance Leasing Corporation *Respondents*

Aéroports de Montréal *Appellant*

v.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company, CCG Trust Corporation, Greater London International Airport Authority, Greater Toronto Airports Authority, Saint John Airport Inc., St. John's International Airport Authority, Charlottetown Airport Authority Inc., Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

St. John's International Airport Authority and Charlottetown Airport Authority Inc. *Appellants*

v.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc.,

Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

Aéroports de Montréal *Appelante*

c.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Renaissance Leasing Corporation *Intimées*

Aéroports de Montréal *Appelante*

c.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, CCG Trust Corporation, Greater London International Airport Authority, Greater Toronto Airports Authority, Saint John Airport Inc., St. John's International Airport Authority, Charlottetown Airport Authority Inc., Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

St. John's International Airport Authority et Charlottetown Airport Authority Inc. *Appelantes*

c.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc.,

Canada Life Assurance Company, CCG Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, Canadian Regional Airlines Ltd., Canadian Regional (1998) Ltd. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

- and -

Greater Toronto Airports Authority *Appellant*

v.

Greater London International Airport Authority, Saint John Airport Inc., St. John's International Airport Authority, Charlottetown Airport Authority Inc., Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company, CCG Trust Corporation, Aéroports de Montréal, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, Canadian Regional Airlines Ltd., Canadian Regional (1998) Ltd. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

Greater Toronto Airports Authority *Appellant*

v.

Renaissance Leasing Corporation, Inter-Canadian (1991) Inc. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, CCG Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, Lignes aériennes Canadien régional Ltée, Canadian Regional (1998) Ltd. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

- et -

Greater Toronto Airports Authority *Appelante*

c.

Greater London International Airport Authority, Saint John Airport Inc., St. John's International Airport Authority, Charlottetown Airport Authority Inc., Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, CCG Trust Corporation, Aéroports de Montréal, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, Lignes aériennes Canadien régional Ltée, Canadian Regional (1998) Ltd. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

Greater Toronto Airports Authority *Appelante*

c.

Renaissance Leasing Corporation, Inter-Canadien (1991) Inc. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

Greater Toronto Airports Authority *Appellant*

v.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company, CCG Trust Corporation, Inter-Canadian (1991) Inc., Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. and Renaissance Leasing Corporation *Respondents*

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appellant*

v.

Wilmington Trust Company and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

St. John's International Airport Authority *Appellant*

v.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company, CCG Trust Corporation, Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. and Renaissance Leasing Corporation *Respondents*

Charlottetown Airport Authority Inc. *Appellant*

v.

CCG Trust Corporation and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. *Respondents*

Greater Toronto Airports Authority *Appelante*

c.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, CCG Trust Corporation, Inter-Canadien (1991) Inc., Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Renaissance Leasing Corporation *Intimées*

Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority *Appelante*

c.

Wilmington Trust Company et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

St. John's International Airport Authority *Appelante*

c.

Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, CCG Trust Corporation, Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Renaissance Leasing Corporation *Intimées*

Charlottetown Airport Authority Inc. *Appelante*

c.

CCG Trust Corporation et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. *Intimées*

INDEXED AS: CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIAN (1991) INC. (TRUSTEE OF)

Neutral citation: 2006 SCC 24.

File Nos.: 30214, 30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750, 30751.

2006: January 16, 17; 2006: June 9.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Transportation law — Airports — Seizure and detention of aircraft — Airlines operating fleets of aircraft under leasing agreements with legal titleholders — Airlines, registered owners of aircraft, incurring charges for civil air navigation and airport services — Service providers applying to superior court judge for authorization, pursuant to s. 9 of Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act and s. 56 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act, to seize and detain aircraft operated by airlines for unpaid charges incurred prior to airlines' bankruptcies — Whether titleholders' right to repossess leased aircraft should take priority over service providers' seize and detain orders — Whether titleholders liable to service providers for unpaid charges — Whether seize and detain orders can be exercised against security posted by titleholders in substitution for aircraft — Whether lessors of engines attached to detained aircraft entitled to repossess engines — Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act, S.C. 1992, c. 5, s. 9 — Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, ss. 55, 56.

Legislation — Interpretation — Contextual interpretation — Owner of aircraft — Whether word "owner" in s. 55 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act includes legal titleholders of aircraft — Civil Air

RÉPERTORIÉ : CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIEN (1991) INC. (SYNDIC DE)

Référence neutre : 2006 CSC 24.

N[os] du greffe : 30214, 30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750, 30751.

2006 : 16, 17 janvier; 2006 : 9 juin.

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

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit des transports — Aéroports — Saisie et rétention d'aéronefs — Transporteurs aériens exploitant leur flotte d'aéronefs en vertu de conventions de bail conclues avec les propriétaires en titre — Redevances pour les services d'aéroports et de navigation aérienne civile imposées aux transporteurs aériens propriétaires enregistrés des aéronefs — Fournisseurs de services demandant à un juge d'une cour supérieure, en vertu de l'art. 9 de la Loi relative aux cessions d'aéroports et de l'art. 56 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, l'autorisation de saisir et de retenir les aéronefs utilisés par les transporteurs aériens pour recouvrer les redevances en souffrance imposées avant la faillite des transporteurs aériens — Le droit des propriétaires en titre de reprendre possession de leurs aéronefs loués a-t-il préséance sur les ordonnances de saisie et de rétention accordées aux fournisseurs de services? — Les propriétaires en titre sont-ils tenus au paiement des redevances dues aux fournisseurs de services? — Les ordonnances de saisie et de rétention peuvent-elles être exécutées sur les sûretés remises par les propriétaires en titre et substituées aux aéronefs? — Les locateurs de moteurs installés dans les aéronefs saisis ont-ils droit de reprendre possession de leurs moteurs? — Loi relative aux cessions d'aéroports, L.C. 1992, ch. 5, art. 9 — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55, 56.

Législation — Interprétation — Interprétation contextuelle — Propriétaire d'aéronefs — Le mot « propriétaire » à l'art. 55 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile

Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, s. 55.

An airline in the modern era may consist of little more than a name, with its aircraft leased, its suppliers on week to week contracts and even its reservation and yield management systems outsourced to one of the global service providers such as Sabre or Galileo. Start-ups are relatively easy, balance sheets are often thin, and failure can be quick and (to outsiders) unexpected. Yet privatized Canadian airports and NAV Canada (the privatized civil air navigation service) are obliged by statute to provide service even to financially troubled airline operators. When an operator collapses leaving unpaid bills for airport charges and air navigation services, the question becomes: who takes the financial loss, the people who ultimately own the leased aircraft or the people who were obliged to (and did) provide the airport and navigation services?

Before going bankrupt, the airline companies Canada 3000 and Inter-Canadian operated their fleets of aircraft under leasing agreements with the respondent legal titleholders and were the registered owners of the aircraft under the *Aeronautics Act*. These airlines incurred approximately $33.75 million in charges for civil air navigation and airport services provided by NAV Canada and the airport authorities pursuant to the *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act* ("*Airports Act*") and the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act* ("*CANSCA*").

The Collapse of Canada 3000

In November 2001, Canada 3000 applied for protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("*CCAA*"). NAV Canada and the airport authorities applied to a judge of the Ontario Superior Court of Justice, under s. 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act*, for authorization to seize and detain certain aircraft operated by the airline. The judge released the aircraft on the posting of security by the legal titleholders and later dismissed the seizure and detention motions, holding that the provisions in question of *CANSCA* and the *Airports Act* did not give the authorities priority over the rights of the legal titleholders to repossess the aircraft. He also held that the titleholders were not jointly and severally liable for the charges owed to NAV Canada under s. 55 of *CANSCA*, since they were not

englobe-t-il les propriétaires en titre des aéronefs? — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55.

Un transporteur aérien de l'ère moderne peut n'avoir guère plus qu'un nom, avec des aéronefs loués, des contrats d'approvisionnement renouvelés de semaine en semaine et même des systèmes de réservation et de gestion de la recette unitaire confiés à des fournisseurs mondiaux de services comme Sabre ou Galileo. Le démarrage est relativement facile, les bilans sont souvent maigres et l'échec peut survenir abruptement et (vu de l'extérieur) sans avertissement. Mais les aéroports canadiens privatisés et NAV Canada (le service de navigation aérienne civile privatisé) sont légalement tenus de fournir leurs services même à des transporteurs aériens en difficultés financières. L'effondrement d'un transporteur aérien qui laisse impayés des redevances d'aéroport et des services de navigation aérienne soulève la question de savoir qui assume la perte financière, les personnes qui sont en définitive propriétaires des aéronefs loués ou les personnes tenues de fournir les services d'aéroport et de navigation (et qui les ont fournis)?

Avant de faire faillite, les sociétés de transport aérien Canada 3000 et Inter-Canadien exploitaient leurs flottes d'aéronefs en vertu de conventions de bail passées avec les propriétaires en titre intimées et étaient propriétaires enregistrées des aéronefs sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*. Ces transporteurs aériens devaient environ 33,75 millions de dollars en redevances pour des services de navigation aérienne civile et des services aéroportuaires fournis par NAV Canada et les administrations aéroportuaires en vertu de la *Loi relative aux cessions d'aéroports* (« *LCA* ») et de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile* (« *LCSNAC* »).

L'effondrement de Canada 3000

En novembre 2001, Canada 3000 s'est prévalue de la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« *LACC* »). NAV Canada et les administrations aéroportuaires ont demandé à un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, en vertu de l'art. 56 de la *LCSNAC* et de l'art. 9 de la *LCA*, l'autorisation de saisir et de retenir certains aéronefs utilisés par ce transporteur aérien. Le juge a ordonné mainlevée de la saisie des aéronefs contre la remise d'une sûreté par les propriétaires en titre et a plus tard rejeté les requêtes en saisie et en rétention, statuant que les dispositions en question de la *LCSNAC* et de la *LCA* n'accordaient pas aux administrations un droit ayant préséance sur les droits des propriétaires en titre de reprendre possession des aéronefs. Il a aussi conclu

"owners" within the meaning of the Act. The majority of the Court of Appeal upheld the motions judge's decision.

The Collapse of Inter-Canadian

In December 1999, the airport authorities and NAV Canada obtained, pursuant to s. 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act*, an order of the Quebec Superior Court to seize and detain a number of aircraft operated by Inter-Canadian. The airline was subsequently deemed to have made an assignment in bankruptcy. Faced with the legal titleholders' claims that they were entitled to repossess the aircraft, the trustee in bankruptcy applied to the Superior Court for directions. The judge allowed a motion to release the aircraft in exchange for security. He later held that the legal titleholders were jointly and severally liable for the amounts owing. The majority of the Court of Appeal overturned the motions judge's ruling, concluding that the lessors' right to repossession took priority and that the legal titleholders were entitled to the return of their aircraft free and clear of the unpaid charges.

Held: The appeals and cross-appeals should be allowed in part.

This case is from first to last an exercise in statutory interpretation, and the issues of interpretation are closely tied to context. Prior to *CANSCA* and the *Airports Act*, civil air navigation and airport services were provided by the federal government. Under the current legislative scheme, the privatized NAV Canada and airport authorities operate as self-funded corporations that provide services on the basis of a cost-based tariff fixed by government regulation. They cannot withhold airport or navigation services even from an obviously failing airline. At the time the measures in question here were enacted, airline insolvencies and bankruptcies had become a fact of life throughout the airline industry. The legislative scheme shows that Parliament fully appreciated that in dealing with aircraft flown in and out of jurisdictions under complex leasing arrangements, the only effective collection scheme would be to render the aircraft themselves available for seizure, and thereafter to let those interested in them resolve their dispute about where the money should come from to pay the debts due to the service providers. [36-39]

que sous le régime de l'art. 55 de la *LCSNAC*, les propriétaires en titre n'étaient pas tenus solidairement au paiement des redevances dues à NAV Canada puisqu'ils n'étaient pas les « propriétaires » au sens de cette Loi. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la décision du juge des requêtes.

L'effondrement d'Inter-Canadien

En décembre 1999, les administrations aéroportuaires et NAV Canada ont obtenu de la Cour supérieure du Québec, aux termes de l'art. 56 de la *LCSNAC* et de l'art. 9 de la *LCA*, une ordonnance autorisant la saisie et la rétention d'un certain nombre d'aéronefs utilisés par Inter-Canadien. Le transporteur aérien a par la suite été déclaré en faillite. Confronté aux demandes de reprise de possession des aéronefs que lui présentaient les propriétaires en titre, le syndic de faillite s'est adressé à la Cour supérieure pour obtenir des directives. Le juge a accueilli une demande de mainlevée de la saisie des aéronefs contre la remise d'une sûreté. Il a plus tard statué que les propriétaires en titre étaient tenus solidairement au paiement des sommes dues. La Cour d'appel à la majorité a infirmé la décision du juge des requêtes, concluant que le droit des locateurs à la reprise de possession avait préséance et que les propriétaires en titre avaient droit à ce que les aéronefs leur soient remis sans qu'ils aient à payer les redevances dues.

Arrêt : Les pourvois et les pourvois incidents sont accueillis en partie.

La présente espèce est de bout en bout un exercice d'interprétation des lois, et les questions d'interprétation sont étroitement liées au contexte. Avant l'entrée en vigueur de la *LCSNAC* et de la *LCA*, c'est le gouvernement fédéral qui assurait les services aéroportuaires et de navigation aérienne civile. Suivant le régime législatif maintenant en vigueur, NAV Canada et les administrations aéroportuaires issues de la privatisation s'autofinancent et offrent leurs services au tarif fixé par règlement et établi en fonction des coûts. Elles ne peuvent refuser leurs services aéroportuaires ou de navigation aérienne même à un transporteur aérien clairement au bord de la déconfiture. Au moment où le législateur a adopté les mesures en cause, les cas de transporteurs aériens insolvables ou en faillite étaient monnaie courante dans l'industrie du transport aérien. Le régime législatif montre que le législateur était pleinement conscient que, s'agissant d'aéronefs dont l'exploitation transcende les frontières et obéit à des baux complexes, le seul mode de perception efficace consistait à rendre les aéronefs eux-mêmes saisissables et à laisser ensuite les divers intéressés résoudre leur différend sur la question de savoir qui devrait payer les sommes dues aux fournisseurs de services. [36-39]

No Joint and Several Liability for Charges for Air Navigation Services

The appeals are dismissed with respect to NAV Canada's claim that the legal titleholders are jointly and severally liable for outstanding civil air navigation charges incurred by the registered owners and operators of the failed airlines, since the legal titleholders are not "owners" within the meaning of s. 55 of *CANSCA*. It is clear from the statutory scheme and the legislative record that Parliament intended to create a "user-pay" system for civil air navigation services, and that the only "users" of those services within the contemplation of the Act are the airlines. While in some contexts the meaning of "owner" could include legal titleholders, a purposive interpretation of s. 55 excludes them. The definition of "owner" in s. 55(2) lists only persons in possession or legal custody and control of the aircraft. Section 55(1) should be similarly construed. Interpreting the list in s. 55(2) as exhaustive of ownership for the purposes of s. 55(1) is consistent with the rest of the statutory scheme governing aeronautics, the legislative history, and conforms with common sense. If NAV Canada's interpretation of s. 55 were correct, it would mean that a seizure and detention order issued in respect of Canada 3000's unpaid user charges could in theory attach not only to a legal titleholder's aircraft leased to Canada 3000, but also to any other aircraft to which that lessor holds title, including aircraft leased to other airlines. Moreover, to interpret "owner" as argued by NAV Canada would give preference to the ambiguous English text of s. 55 over the relatively clear French provision. A restrictive interpretation of "owner" is consistent with the policy and practice throughout the federal aeronautics scheme where the term "owner" is used to refer to the person in legal custody and control of the aircraft, not the legal titleholder. In enacting *CANSCA*, Parliament intended not to replace or override the existing regulatory framework but rather to fit cohesively within it. [41-61]

The Seizure and Detention Remedy

Although the legal titleholders are not directly liable for the charges due to the service providers, NAV Canada and the airport authorities were entitled to orders seizing and detaining the aircraft pursuant to s. 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act*, and are

Les propriétaires en titre ne sont pas tenus solidairement au paiement des redevances pour les services de navigation aérienne

Les pourvois sont rejetés en ce qui concerne la prétention de NAV Canada suivant laquelle les propriétaires en titre sont solidairement tenus de payer les redevances en souffrance pour les services de navigation aérienne civile imposées aux propriétaires enregistrés et usagers des transporteurs aériens défaillants, puisque ces propriétaires en titre ne sont pas des « propriétaires » au sens de l'art. 55 de la *LCSNAC*. Le régime et l'historique législatifs indiquent clairement que le législateur a voulu instituer un système d'« utilisateur-payeur » en matière de services de navigation aérienne civile, et que les seuls « usagers » de ces services visés par la loi sont les transporteurs aériens. Si, dans certains contextes, le mot « propriétaire » peut inclure le propriétaire en titre, ce dernier est exclu par une interprétation téléologique de l'art. 55. La définition de « propriétaire » au par. 55(2) énumère uniquement les personnes qui ont l'aéronef en leur possession ou qui en ont la garde et la responsabilité légales. Le paragraphe 55(1) devrait s'interpréter de la même manière. Il est conforme au reste du régime législatif en matière d'aéronautique, à l'historique législatif et au bon sens de voir une liste exhaustive dans l'énumération faite au par. 55(2) pour l'application du par. 55(1). Si l'interprétation de l'art. 55 proposée par NAV Canada était correcte, cela signifierait qu'une ordonnance de saisie et de rétention rendue relativement aux redevances d'utilisation dues par Canada 3000 pourrait en théorie s'appliquer non seulement aux aéronefs d'un propriétaire en titre loués à Canada 3000 mais aussi à tout autre appareil appartenant à ce locateur, y compris aux aéronefs loués à d'autres transporteurs aériens. En outre, l'interprétation du mot « propriétaire » que propose NAV Canada privilégierait la version anglaise ambiguë de l'art. 55 à la version française relativement claire. Une interprétation restrictive de « propriétaire » est compatible en principe et en pratique avec tout le régime fédéral en matière d'aéronautique, où ce mot renvoie à la personne qui a la garde et la responsabilité légales de l'aéronef, non au propriétaire en titre. Lorsqu'il a adopté la *LCSNAC*, le législateur ne voulait pas que cette Loi remplace ou écarte le cadre réglementaire en place mais plutôt qu'elle s'y insère de façon cohérente. [41-61]

Le recours en saisie et en rétention

Même si les propriétaires en titre ne sont pas directement tenus au paiement des redevances dues aux fournisseurs de services, NAV Canada et les administrations aéroportuaires avaient droit à des ordonnances de saisie et de rétention des aéronefs aux termes de

entitled now to have their claims (as assessed by the motions judges) satisfied out of the security posted in substitution for the aircraft. Whereas s. 55 of *CANSCA* identifies a group of persons who are made legally liable for the amounts owing, the detention remedy set out in s. 9 of the *Airports Act* and s. 56 of *CANSCA* has a different focus. This court-granted remedy entitles the authorities to possess the aircraft until the debt is paid or security furnished. It does not confer any interest in the beneficial ownership of the aircraft, and it cannot be circumvented by a leasing arrangement made between an airline and an aircraft lessor. Since ss. 9(1) and 56(1) do not distinguish between the unpaid charges accumulated by specific aircraft operated by a defaulting owner or operator, the amount in respect of which the seizure of each aircraft is made is the entire amount owed by that registered owner or operator. There is no limitation of debts on an aircraft by aircraft basis. [9-10] [62-75] [85-86]

Much of the potential unfairness complained of by the legal titleholders in the operation of the detention remedy can adequately be addressed by the motions judge. The right to seize and detain is not automatic. It requires a prior court authorization which may be subject to such terms as the court considers necessary. The court also has a discretion to limit the duration of the remedy by requiring the applicable authority to release a detained aircraft from detention prior to payment of the amount with respect to which the seizure was made. In any event, an authority that obtains an order is required to release a detained aircraft upon payment of the outstanding charges, or upon the provision of acceptable security therefor. Parliament has thus left the door open for the motions judge to work out an arrangement that is fair and reasonable to all concerned provided that the object and purpose of the remedy (to ensure the unpaid user fees are paid) is fulfilled. [73] [92]

The legal titleholders are sophisticated corporate players and are well versed in the industry in which they have chosen to invest. Since they can select which airlines they are prepared to deal with and negotiate appropriate security arrangements as part of their lease transactions, they are in a better position to protect themselves against this type of loss than are the airport authorities and NAV Canada. [71-72]

The intervention of bankruptcy proceedings in both Quebec and Ontario created procedural complications. In the case of Inter-Canadian, the detention remedies

l'art. 56 de la *LCSNAC* et de l'art. 9 de la *LCA*, et elles ont maintenant droit à ce que les sommes dues (déterminées par les juges des requêtes) leur soient payées sur les sûretés substituées aux aéronefs. Alors que l'art. 55 de la *LCSNAC* indique un groupe de personnes tenues légalement responsables du paiement des redevances dues, le recours en rétention qu'offrent l'art. 9 de la *LCA* et l'art. 56 de la *LCSNAC* vise un autre objet. Ce recours judiciaire donne aux administrations un droit à la prise de possession de l'aéronef jusqu'au paiement de la dette ou au dépôt d'une sûreté. Il ne confère aucun droit de propriété bénéficiaire sur l'aéronef, et les baux entre transporteurs aériens et locateurs d'avions ne peuvent le contourner. Puisque les par. 9(1) et 56(1) ne font pas de distinction en fonction des redevances accumulées à l'égard de chaque aéronef d'un propriétaire enregistré ou utilisateur défaillant, la dette à l'égard de laquelle la saisie est pratiquée est le montant total dû par ce propriétaire enregistré ou utilisateur. Il n'y a pas de fractionnement de la dette aéronef par aéronef. [9-10] [62-75] [85-86]

Le juge des requêtes peut adéquatement examiner bon nombre des possibles effets injustes du recours en rétention dont se plaignent les propriétaires en titre. Le droit de saisie et de rétention n'est pas automatique. Il doit être autorisé par la cour qui peut l'assujettir aux conditions qu'elle estime nécessaires. La cour peut aussi limiter la durée de la saisie en ordonnant à l'autorité en cause de donner mainlevée avant le paiement de la somme pour laquelle l'aéronef avait été saisi. En tout état de cause, une administration qui obtient une ordonnance autorisant la rétention est tenue de donner mainlevée sur paiement des redevances en souffrance ou contre remise d'une garantie satisfaisante. Le législateur a ainsi donné au juge des requêtes la latitude nécessaire pour élaborer des solutions justes et raisonnables pour toutes les parties en cause, dans la mesure où elles sont compatibles avec la réalisation de l'objet et de l'esprit du recours (assurer le paiement des redevances dues). [73] [92]

Les propriétaires en titre sont des entreprises bien informées et bien au fait de l'industrie dans laquelle elles ont choisi d'investir. Puisqu'elles sont en mesure de choisir les transporteurs aériens avec lesquels elles sont disposées à traiter et d'inclure des garanties acceptables dans les baux qu'elles négocient, elles peuvent mieux se protéger contre les pertes de ce genre que les administrations aéroportuaires ou NAV Canada. [71-72]

Les procédures de faillite tant au Québec qu'en Ontario ont engendré des complications procédurales. Dans le cas d'Inter-Canadien, les recours en rétention

were applied for well before the assignment in bankruptcy. In the case of Canada 3000, the detention remedies were applied for while the *CCAA* stay was in effect and Canada 3000 remained the registered owner of the aircraft in question. In neither case did the aircraft become part of the bankrupt estate (because ultimate ownership was in the legal titleholder). The aircraft were legitimate targets of the detention remedies as they were still sitting on a Canadian airport tarmac and were still "owned or operated" (within the meaning of the relevant statutes) by the airlines at the relevant date. Given the authority to charge interest, the interest continues to run to the first of the date of payment, the posting of security or the bankruptcy. [77] [96]

In the proceedings involving Inter-Canadian it was not necessary for the Quebec Superior Court judge to resort to provincial law or, more specifically, to the *Civil Code of Québec*. The *Aeronautics Act*, the *Airports Act*, and *CANSCA* are federal statutes that create a unified aeronautics regime. Parliament endeavoured to create a comprehensive remedy that would be applicable across the country and would not vary from one province to another. This uniformity is especially vital since aircraft are highly mobile and move easily across jurisdictions. [78-79]

Two of the respondents leased to Canada 3000 the engines attached to two of the aircraft which, when seized, were airworthy. For the present purposes, the engines are part of the aircraft in respect of which charges were incurred and that are the subject of the detention. The *Aeronautics Act* does not envisage the dismantling of the aircraft (and thus of its value as security) on the tarmac. [87-89]

Cases Cited

Applied: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; **distinguished:** *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **referred to:** *Pan American World Airways Inc. v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 565; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1915), 51 S.C.R. 81; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *R. v. Loblaw Groceteria Co. (Manitoba) Ltd.*, [1961] S.C.R. 138; *Slaight Communications Inc. v.*

ont été entamés bien avant la cession de faillite. Dans le cas de Canada 3000, les recours en rétention ont été entamés au cours de la période de suspension ordonnée en application de la *LACC* et Canada 3000 est demeurée propriétaire enregistrée des aéronefs en question. Dans les deux cas, les aéronefs n'ont jamais fait partie de l'avoir de la faillie (parce que le titre de propriété appartenait aux propriétaires en titre). Les aéronefs pouvaient légitimement être visés par le recours en rétention puisqu'ils se trouvaient encore sur le tarmac d'un aéroport au Canada et que les transporteurs aériens en étaient encore « propriétaires ou usagers » (au sens des lois en cause) aux dates pertinentes. Vu l'existence du pouvoir d'exiger des intérêts, les intérêts courent jusqu'à la date du paiement des redevances, de la remise d'une sûreté ou de la faillite, selon celui de ces événements qui survient en premier. [77] [96]

Dans les procédures mettant en cause Inter-Canadien, il n'était pas nécessaire que le juge de la Cour supérieure du Québec ait recours au droit provincial ou, plus précisément, au *Code civil du Québec*. La *Loi sur l'aéronautique*, la *LCA* et la *LCSNAC* sont des lois fédérales qui établissent un régime unifié en matière d'aéronautique. Le législateur a voulu constituer un recours exhaustif qui s'appliquerait dans tout le pays de façon uniforme d'une province à l'autre. Cette uniformité est d'autant plus essentielle que l'extrême mobilité des aéronefs leur permet de passer facilement d'un territoire à l'autre. [78-79]

Deux des intimées ont donné à bail à Canada 3000 les moteurs installés dans deux des aéronefs qui, au moment de la saisie, étaient en bon état de vol. Pour les besoins de la présente espèce, les moteurs sont des composantes des aéronefs à l'égard desquels des redevances ont été imposées et qui sont visés par la rétention. La *Loi sur l'aéronautique* n'envisage pas le démontage des appareils sur le tarmac (et, par conséquent, le morcellement de leur valeur en tant que garantie). [87-89]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; **distinction d'avec l'arrêt :** *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Pan American World Airways Inc. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 565; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Grand Trunk Railway Co. of Canada c. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1915), 51 R.C.S. 81; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Dilworth c. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *R. c. Loblaw Groceteria Co. (Manitoba) Ltd.*, [1961] R.C.S.

Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62; *R. v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *The Emilie Millon*, [1905] 2 K.B. 817; *Channel Airways Ltd. v. Manchester Corp.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 456; *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68; *Firestone Tire & Rubber Co. of Canada v. Industrial Acceptance Corp.*, [1971] S.C.R. 357; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Aeronautics Act, R.S.C. 1985, c. A-2, ss. 3(1) "aeronautical product", "registered owner", 4.4(5), 4.5.

Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act, S.C. 1992, c. 5, ss. 9, 10.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 121, 122.

Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, ss. 101.01(1) "operator", "owner", 202.15 to 202.17.

Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, ss. 2(1) "user", (2), 7, 8, 9, Part III, 32 to 35, 36(3)(*a*)(i), 37(4), 44, 55, 56, 57(1).

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1592, 1593.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.31.

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2, 12.

Treaties and Other International Instruments

Air Transport Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America (1995), Annex I, s. 1.

Convention on International Civil Aviation, Can. T.S. 1944 No. 36, art. 19.

Authors Cited

Bunker, Donald H. *Canadian Aviation Finance Legislation*. Montreal: Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, 1989.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1985, pp. 6065-66.

138; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *The Emilie Millon*, [1905] 2 K.B. 817; *Channel Airways Ltd. c. Manchester Corp.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 456; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68; *Firestone Tire & Rubber Co. of Canada c. Industrial Acceptance Corp.*, [1971] R.C.S. 357; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1592, 1593.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1, 8.2, 12.

Loi relative aux cessions d'aéroports, L.C. 1992, ch. 5, art. 9, 10.

Loi sur l'aéronautique, L.R.C. 1985, ch. A-2, art. 3(1) « produits aéronautiques », « propriétaire enregistré », 4.4(5), 4.5.

Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 2(1) « usager », (2), 7, 8, 9, partie III, 32 à 35, 36(3), 37(4), 44, 55, 56, 57(1).

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 121, 122.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.31.

Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, art. 101.01(1), « propriétaire », « utilisateur », 202.15 à 202.17.

Traités et autres instruments internationaux

Accord relatif au transport aérien entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique (1995), Annexe I, art. 1.

Convention relative à l'aviation civile internationale, R.T. Can. 1944 n° 36, art. 19.

Doctrine citée

Bunker, Donald H. *Canadian Aviation Finance Legislation*. Montreal : Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, 1989.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 33e lég., 20 juin 1985, p. 6065-6066.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, 2nd Sess., 35th Parl., March 25, 1996, pp. 1152-54.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., May 15, 1996, pp. 2821, 2834, May 29, 1996, p. 3144, June 4, 1996, pp. 3394, 3410.

Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 135, 2nd Sess., 35th Parl., June 10, 1996, pp. 588-89.

"Clause by Clause Analysis for the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*", as presented to the Senate Committee on Transport and Communications.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Uniform Law Conference of Canada. *Drafting Conventions for the Uniform Law Conference of Canada*, s. 21(4) (online: http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=5).

APPEALS and CROSS-APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Abella and Cronk JJ.A. and Juriansz J. (*ad hoc*)) (2004), 69 O.R. (3d) 1, 235 D.L.R. (4th) 618, 183 O.A.C. 201, 3 C.B.R. (5th) 207, [2004] O.J. No. 141 (QL), affirming in part a decision of Ground J. (2002), 33 C.B.R. (4th) 184, 5 P.P.S.A.C. (3d) 272, [2002] O.J. No. 1775 (QL). Appeals and cross-appeals allowed in part.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Nuss, Pelletier and Morissette JJ.A.), [2004] R.J.Q. 2966, 247 D.L.R. (4th) 503, [2004] Q.J. No. 11921 (QL), [2004] Q.J. No. 11922 (QL), [2004] Q.J. No. 11923 (QL), [2004] Q.J. No. 11924 (QL), [2004] Q.J. No. 11925 (QL), [2004] Q.J. No. 11926 (QL), [2004] Q.J. No. 11927 (QL), [2004] Q.J. No. 11928 (QL), [2004] Q.J. No. 11930 (QL), [2004] Q.J. No. 11932 (QL), [2004] Q.J. No. 11933 (QL), [2004] Q.J. No. 11961 (QL), reversing, in whole or in part, decisions of Tremblay J., [2000] R.J.Q. 2935, [2000] Q.J. No. 7330 (QL), [2000] Q.J. No. 4959 (QL), [2000] Q.J. No. 4996 (QL), [2000] Q.J. No. 5004 (QL), [2000] Q.J. No. 5005 (QL), [2000] Q.J. No. 5007 (QL), [2000] Q.J. No. 5009 (QL). Appeals allowed in part.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 2e sess., 35e lég., 25 mars 1996, p. 1152-1154.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 15 mai 1996, p. 2821, 2834, 29 mai 1996, p. 3144, 4 juin 1996, p. 3394, 3410.

Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 135, 2e sess., 35e lég., 10 juin 1996, p. 588-589.

« Clause by Clause Analysis for the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act* », présentée au Comité permanent des transports et des communications du Sénat.

Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Protocole de rédaction de la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada*, par. 21(4) (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=5).

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

POURVOIS et POURVOIS INCIDENTS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Abella et Cronk et le juge Juriansz (*ad hoc*)) (2004), 69 O.R. (3d) 1, 235 D.L.R. (4th) 618, 183 O.A.C. 201, 3 C.B.R. (5th) 207, [2004] O.J. No. 141 (QL), qui a confirmé en partie un jugement du juge Ground (2002), 33 C.B.R. (4th) 184, 5 P.P.S.A.C. (3d) 272, [2002] O.J. No. 1775 (QL). Pourvois et pourvois incidents accueillis en partie.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Nuss, Pelletier et Morissette), [2004] R.J.Q. 2966, 247 D.L.R. (4th) 503, [2004] J.Q. nº 11921 (QL), [2004] J.Q. nº 11922 (QL), [2004] J.Q. nº 11923 (QL), [2004] J.Q. nº 11924 (QL), [2004] J.Q. nº 11925 (QL), [2004] J.Q. nº 11926 (QL), [2004] J.Q. nº 11927 (QL), [2004] J.Q. nº 11928 (QL), [2004] J.Q. nº 11930 (QL), [2004] J.Q. nº 11932 (QL), [2004] J.Q. nº 11933 (QL), [2004] J.Q. nº 11961 (QL), qui a infirmé, en tout ou en partie, des jugements du juge Tremblay, [2000] R.J.Q. 2935, [2000] J.Q. nº 7330 (QL), [2000] J.Q. nº 4959 (QL), [2000] J.Q. nº 4996 (QL), [2000] J.Q. nº 5004 (QL), [2000] J.Q. nº 5005 (QL), [2000] J.Q. nº 5007 (QL), [2000] J.Q. nº 5009 (QL). Pourvois accueillis en partie.

Clifton P. Prophet and *Eric Wredenhagen*, for NAV Canada (30214).

Lyndon A. J. Barnes and *Jean-Marc Leclerc*, for Greater Toronto Airports Authority (30214).

John T. Porter and *Alan B. Merskey*, for Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority and St. John's International Airport Authority (30214).

Richard A. Conway, *David P. Chernos*, *Linda M. Plumpton* and *Jana N. Stettner*, for International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd. and U.S. Airways Inc. (30214).

Christopher W. Besant and *Joseph J. Bellissimo*, for G.E. Capital Aviation Services Inc., as Agent and Manager for Polaris Holding Company and AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., and PALS I, Inc. (30214).

Barbara L. Grossman and *Christopher D. Woodbury*, for Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., and MSA V (30214).

Kenneth D. Kraft, for RRPF Engine Leasing Limited and Flight Logistics Inc. (30214).

Pamela L. J. Huff and *Jill Lawrie*, for C.I.T. Leasing Corporation and NBB-Royal Lease Partnership One (30214).

Written submissions only by *Craig J. Hill* and *Roger Jaipargas*, for GATX/CL Air Leasing Cooperative Association (30214).

Michel G. Ménard, for NAV Canada (30729, 30730, 30731, 30732).

Richard L. Desgagnés and *Véronique E. Marquis*, for Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, St-John's International Airport

Clifton P. Prophet et *Eric Wredenhagen*, pour NAV Canada (30214).

Lyndon A. J. Barnes et *Jean-Marc Leclerc*, pour Greater Toronto Airports Authority (30214).

John T. Porter et *Alan B. Merskey*, pour Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority et St. John's International Airport Authority (30214).

Richard A. Conway, *David P. Chernos*, *Linda M. Plumpton* et *Jana N. Stettner*, pour International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd. et U.S. Airways Inc. (30214).

Christopher W. Besant et *Joseph J. Bellissimo*, pour G.E. Capital Aviation Services Inc., en qualité de mandataire et gestionnaire de Polaris Holding Company et AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., et PALS I, Inc. (30214).

Barbara L. Grossman et *Christopher D. Woodbury*, pour Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., et MSA V (30214).

Kenneth D. Kraft, pour RRPF Engine Leasing Limited et Flight Logistics Inc. (30214).

Pamela L. J. Huff et *Jill Lawrie*, pour C.I.T. Leasing Corporation et NBB-Royal Lease Partnership One (30214).

Argumentation écrite seulement par *Craig J. Hill* et *Roger Jaipargas*, pour GATX/CL Air Leasing Cooperative Association (30214).

Michel G. Ménard, pour NAV Canada (30729, 30730, 30731, 30732).

Richard L. Desgagnés et *Véronique E. Marquis*, pour Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, St-John's International Airport

Authority and Charlottetown Airport Authority Inc. (30731, 30732, 30742, 30749, 30750, 30751).

Gerald N. Apostolatos, for Aéroports de Montréal (30731, 30732, 30738, 30740, 30742).

Sandra Abitan, *David Tardif-Latourelle* and *Allon Pollack*, for Greater Toronto Airports Authority (30731, 30732, 30742, 30743, 30745).

Bertrand Giroux, *Markus Koehnen*, *Jeff Gollob*, *Jason Murphy*, *Jean-Yves Fortin* and *Geneviève Bergeron*, for Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional and ATR Marketing Inc. (30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750).

Pierre Bourque and *Eugene Czolij*, for Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company and CCG Trust Corporation (30740, 30742, 30745, 30750, 30751).

No one appeared for Canadian Imperial Bank of Commerce, Inter-Canadian (1991) Inc., Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc., Greater London International Airport Authority, Saint John Airport Inc., Canadian Regional Airlines Ltd. and Canadian Regional (1998) Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — When an airline collapses leaving unpaid bills for airport charges and air navigation services, the question becomes who takes the financial loss (or, as it is sometimes said, "the haircut"), the people who ultimately own the aircraft or the people who were obliged to (and did) provide the airport and navigation services?

The question lands before the Court because of the collapse of "Inter-Canadian (1991) Inc. Airline" in 1999 and, in 2001, of Canada 3000 Airlines Ltd. and Royal Aviation Inc. (collectively "Canada

Authority et Charlottetown Airport Authority Inc. (30731, 30732, 30742, 30749, 30750, 30751).

Gerald N. Apostolatos, pour Aéroports de Montréal (30731, 30732, 30738, 30740, 30742).

Sandra Abitan, *David Tardif-Latourelle* et *Allon Pollack*, pour Greater Toronto Airports Authority (30731, 30732, 30742, 30743, 30745).

Bertrand Giroux, *Markus Koehnen*, *Jeff Gollob*, *Jason Murphy*, *Jean-Yves Fortin* et *Geneviève Bergeron*, pour Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional et ATR Marketing Inc. (30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750).

Pierre Bourque et *Eugene Czolij*, pour Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie et CCG Trust Corporation (30740, 30742, 30745, 30750, 30751).

Personne n'a comparu pour Banque Canadienne Impériale de Commerce, Inter-Canadien (1991) Inc., Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc., Greater London International Airport Authority, Saint John Airport Inc., Lignes aériennes Canadien régional Ltée et Canadian Regional (1998) Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'effondrement d'un transporteur aérien qui laisse impayés des redevances d'aéroport et des services de navigation aérienne soulève la question de savoir qui, des personnes qui sont en définitive propriétaires des aéronefs ou des personnes tenues de fournir les services d'aéroport et de navigation (et qui les ont fournis) assument la perte financière (ou, comme on dit parfois, y laissent des plumes). 1

La Cour est saisie de cette question en raison de l'effondrement d'« Inter-Canadien (1991) Inc. » en 1999 et, en 2001, de Canada 3000 Airlines Ltd. et Royal Aviation Inc. (collectivement « Canada 2

3000"). The answer depends on the statutory interpretation to be given to provisions of the *Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act*, S.C. 1992, c. 5 ("*Airports Act*"), and the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*, S.C. 1996, c. 20 ("*CANSCA*"). The important context for this interpretation is the unusual nature of the modern airline business.

3 After decades of financial turbulence, an airline in the modern era may consist of little more than a name, with its aircraft leased, its suppliers on week to week contracts and even its reservation and yield management systems outsourced to one of the global service providers such as Sabre or Galileo. Start-ups are relatively easy, balance sheets are often thin, and failure can be quick and (to outsiders) unexpected, as the history of Canada 3000 illustrates. When a financial collapse occurs (and these have been frequent in Canada and elsewhere in the past decade), there is little meat on the corporate bones for unsecured creditors. Doing business with such airline operators carries significant financial risks, yet the appellant Canadian airports operating under government supervision are obliged by statute to allow financially troubled airlines to make use of their services (and sometimes the airport will not know if an airline is in financial trouble or not). Airport costs are largely recovered through landing fees. If these and other fees go unpaid, the airport is out of pocket for the cost of the service it was obliged by law to provide.

4 "NAV Canada", the privatized successor to the former government-run civil air navigation system, is also obliged to offer its services to any aircraft flying through Canadian airspace on a cost-recovery basis. Its business is even riskier than that of the airports because quite often these aircraft do not even land in Canada, as in the case of transatlantic traffic flying the great circle route to and from the eastern seaboard of the United States: *Pan*

3000 »). La réponse tient à l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions de la *Loi relative aux cessions d'aéroports*, L.C. 1992, ch. 5 (« *LCA* »), et de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile*, L.C. 1996, ch. 20 (« *LCSNAC* »). Dans cette interprétation, le contexte de la nature particulière de l'industrie moderne du transport aérien revêt une grande importance.

Après des décennies de turbulences financières, un transporteur aérien de l'ère moderne peut n'avoir guère plus qu'un nom, avec des aéronefs loués, des contrats d'approvisionnement renouvelés de semaine en semaine et même des systèmes de réservation et de gestion de la recette unitaire confiés à un fournisseur mondial de services comme Sabre ou Galileo. Le démarrage est relativement facile, les bilans sont souvent maigres et l'échec peut survenir abruptement et (vu de l'extérieur) sans avertissement, comme l'illustre l'expérience de Canada 3000. Lorsque survient l'effondrement (et il y en a eu fréquemment au Canada et ailleurs au cours de la dernière décennie), il reste bien peu dans les coffres du transporteur pour satisfaire les créanciers non garantis. Ceux qui commercent avec ces transporteurs aériens courent des risques financiers considérables, mais les aéroports canadiens appelants, sur lesquels s'exerce une supervision gouvernementale, sont quand même légalement tenus de permettre à des transporteurs aériens en difficultés financières de recourir à leurs services (parfois, les aéroports ne savent rien de la santé financière d'un transporteur). C'est en grande partie par les frais d'atterrissage que les aéroports recouvrent leurs coûts. Lorsque ces frais et d'autres redevances ne sont pas payés, ce sont les aéroports qui absorbent le coût des services que la loi les oblige à fournir.

« NAV Canada », qui a pris la relève du gouvernement lorsque le système de navigation aérienne civile a été privatisé, est tenue elle aussi de fournir ses services à tout aéronef circulant dans l'espace aérien canadien, selon le principe de la récupération des coûts. Elle court un risque encore plus grand que les aéroports parce que, bien souvent, les appareils n'atterrissent même pas au Canada, comme c'est le cas de ceux qui empruntent la route

American World Airways Inc. v. The Queen, [1981] 2 S.C.R. 565.

When Parliament adopted its policy of privatizing major airports and navigation services in the early 1990s putting such services on a commercial footing, potential investors were expected to insist on some assurance that they would in fact be financially viable serving the chronically unstable aviation business. Thus, Parliament decided to extend to the private operators of airport and navigation services a statutory power to apply to a superior court judge for an order to seize and detain aircraft until outstanding charges are paid, similar to the power Parliament had earlier conferred on the Crown in pre-privatization days under the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1985, c. A-2, s. 4.5.

It is worth emphasizing that no power to seize and detain as such is conferred. A superior court judge is interposed between the aircraft sought to be seized and the airports or NAV Canada. As discussed below, the role of the judge is crucial to an understanding of the statutory detention remedy.

The respondents are primarily entities with the ultimate ownership of the aircraft in respect of which the charges in issue were incurred ("the legal titleholders"). Their position is that under the terms of their various leases with the defaulting airlines, they did not operate the aircraft, nor did they make use of the services for which charges were levied, nor did they derive benefit therefrom. They say that they are investors, and that when the lessees failed they were entitled to repossess their aircraft free of the charges which the defaulting airlines — not the legal titleholders — incurred. They consider it unjust that they were required in these cases to post security as a condition of removing "their" aircraft from the airports in question. The appellant airport authorities and NAV Canada, on the other hand, argue that the failure of Canada 3000 and Inter-Canadian reflects the sort of air carrier instability that Parliament rightly anticipated and in light of

orthodromique en partance ou à destination du littoral est des États-Unis : *Pan American World Airways Inc. c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 565.

5 Lorsque le Parlement a adopté au début des années 1990 son programme de privatisation des grands aéroports et des services de navigation et leur a donné une vocation commerciale, il s'attendait à ce que les investisseurs potentiels exigent une quelconque assurance qu'il serait financièrement viable de fournir des services à l'industrie du transport aérien, chroniquement instable. C'est pourquoi il a décidé d'accorder aux exploitants privés de ces services le pouvoir légal de demander à un juge de la juridiction supérieure une ordonnance de saisie et de rétention des aéronefs jusqu'à l'acquittement des redevances en souffrance, un pouvoir semblable à celui que le législateur avait déjà accordé à l'État avant la privatisation, sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. 1985, ch. A-2, par. 4.5.

6 Il convient de souligner qu'aucun pouvoir de saisie et de rétention en soi n'est accordé. Un juge d'une cour supérieure agit comme intermédiaire entre un aéroport ou NAV Canada et l'aéronef à saisir. Comme on le verra plus loin, le rôle du juge est essentiel pour bien comprendre le recours en rétention prévu par la loi.

7 Les intimées sont principalement des entités qui sont les véritables propriétaires des aéronefs à l'égard desquels les redevances en cause ont été imposées (les « propriétaires en titre »). Elles prétendent qu'aux termes des divers baux conclus avec les transporteurs aériens défaillants, elles n'ont pas utilisé les aéronefs, pas plus qu'elles n'ont recouru aux services pour lesquels des redevances ont été imposées ou qu'elles n'ont tiré profit de ces services. Elles affirment être des investisseurs et que, lorsque les locataires ont fait défaut, elles avaient le droit de reprendre possession de leurs aéronefs libres de toutes les redevances dues par les transporteurs aériens défaillants, non par les propriétaires en titre. Elles estiment injuste que les propriétaires en titre aient été tenus dans ces cas de remettre une sûreté pour pouvoir retirer « leurs » aéronefs des aéroports en cause. Les appelantes, les administrations aéroportuaires et NAV Canada, soutiennent

which it created the statutory remedies in question. Parliament must be taken to appreciate, they say, that an airline may be only a corporate shell but an aircraft under detention is a good, solid and enduring hostage for payment.

pour leur part que l'échec de Canada 3000 et Inter-Canadien illustre le genre d'instabilité des transports aériens que le législateur avait correctement prévue et en raison de laquelle il a créé les recours légaux en question. Selon elles, il faut considérer que le législateur était conscient qu'un transporteur aérien peut n'être qu'une coquille vide, mais qu'un aéronef en rétention constitue un gage solide et permanent de paiement.

8 I agree with the courts below that the respondent legal titleholders are not subject to personal or corporate liability to pay the unpaid charges under s. 55 of *CANSCA*. But that is not to say that the aircraft are similarly unburdened.

Je partage l'opinion des juridictions inférieures que les propriétaires en titre intimés ne sont pas, aux termes de l'art. 55 de la *LCSNAC*, tenus personnellement de payer les redevances dues. Mais cela ne veut pas dire que les aéronefs soient pareillement dégagés.

9 In my view, the appellants are entitled to obtain judicially authorized seize and detain orders (hereinafter sometimes collectively referred to as the detention remedy) to be exercised against the security posted in substitution for the aircraft. The matters should be remitted to the motions judges to work out the details of the orders. Considered in the context in which the detention remedy was intended by Parliament to operate, the detention remedy cannot be circumvented as suggested by the respondents by the expedient of leasing arrangements made between the airlines and the aircraft lessors. The detention remedy is purely statutory and Parliament's intention to create an effective collection mechanism against *the aircraft* itself owned or operated by the person liable to pay the amount or charge must be given full effect.

À mon avis, les appelantes ont droit à des ordonnances judiciaires de saisie et de rétention (appelées parfois ci-après le recours en rétention) pouvant être exécutées sur les sûretés substituées aux aéronefs. Les affaires devraient être renvoyées aux juges des requêtes pour qu'ils précisent la teneur des ordonnances. Compte tenu du contexte dans lequel le législateur a envisagé le recours en rétention, les baux entre transporteurs aériens et locateurs d'avions ne peuvent servir de moyen pour contourner ce recours comme le prétendent les intimées. Le recours en rétention est d'origine purement législative, et il convient de donner pleinement effet à l'intention du législateur de créer un mode de perception efficace visant *l'aéronef* lui-même dont est propriétaire ou utilisateur la personne tenue au paiement des redevances.

10 On the other hand, the appellants' remedy, if an order is granted, is limited to possession. Simple possession under the statutes does not confer any interest in the beneficial ownership of the aircraft. I do not think the appellants' further claim to the airborne equivalent of a maritime lien is well founded, nor do they have any "implied" power to sell the aircraft once detained. They get what the statute says they get — a right to apply for a judicial order to seize and detain the aircraft until payment — no more, and no less.

Par ailleurs, la seule mesure de redressement offerte aux appelantes, si une ordonnance leur est accordée, se limite à la possession de l'aéronef. La simple possession aux termes de ces lois ne confère aucun droit de propriété bénéficiaire sur l'aéronef. L'autre prétention des appelantes relative à l'équivalent, pour le transport aérien, d'un privilège maritime, n'est pas fondée selon moi, et je ne crois pas non plus qu'elles puissent exercer un pouvoir « implicite » de vendre un aéronef qu'elles retiennent. Elles n'ont que ce que la loi leur accorde — un droit de demander au tribunal une ordonnance les autorisant à saisir et retenir un aéronef jusqu'au paiement de leur créance — ni plus ni moins.

For the reasons that follow, I would allow the appeals and the cross-appeals in part, and return the seizure and detention applications to the respective motions judges to be dealt with in accordance with this judgment.

I. Facts

In 1992, the *Airports Act* privatized airports formerly owned and operated by the federal government. In 1996, *CANSCA* implemented the same objective in relation to Canada's civil air navigation services. Thus NAV Canada was incorporated as a non-profit corporation for the purpose of developing, operating and maintaining the civil air navigation system; see *House of Commons Debates*, vol. 133, 2nd Sess., 35th Parl., March 25, 1996, at p. 1153. *CANSCA* implemented the transfer of what was Transport Canada's civil air navigation services to NAV Canada and established the commercial and economic regulatory arrangements for the continued operation of those services; see *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., May 15, 1996, at p. 2821.

A. *Canada 3000*

On November 8, 2001, Canada 3000 applied for protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*"). The effect of an initial court order made on the same day stayed all proceedings by creditors pending the filing of a plan of arrangement. Although the stay contemplated the continuation of operations, some five hours later the airlines' management issued a press release declaring that the airlines had ceased operations. The next day, November 9, a further order was issued grounding the fleet and providing for the return of aircraft operated by the airlines to Canada.

On November 9, 2001, NAV Canada applied to the Ontario Superior Court of Justice under s. 56(1) of *CANSCA* for an authorization to seize and detain certain aircraft operated by Canada 3000.

Pour les motifs ci-après, je suis d'avis d'accueillir en partie les pourvois et les pourvois incidents en partie et de renvoyer les demandes de saisie et de rétention aux juges des requêtes respectifs pour qu'ils statuent sur elles en conformité avec le présent jugement. 11

I. Faits

En 1992, la *LCA* a privatisé des aéroports que le gouvernement fédéral possédait et exploitait. En 1996, la *LCSNAC* a fait de même pour les services canadiens de navigation aérienne civile. C'est ainsi que NAV Canada a été constituée en société sans but lucratif ayant pour mandat de développer et d'assurer le fonctionnement et le maintien du système de navigation aérienne civile; voir les *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, 2e sess., 35e lég., 25 mars 1996, p. 1153. La *LCSNAC* a mis en œuvre le transfert à NAV Canada des services de navigation aérienne civile de Transports Canada et a établi les mesures réglementaires commerciales et économiques nécessaires pour assurer la prestation continue de ces services; voir les *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 15 mai 1996, p. 2821. 12

A. *Canada 3000*

Le 8 novembre 2001, Canada 3000 s'est prévalue de la protection de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Une première ordonnance rendue le même jour a suspendu toutes les procédures intentées par les créanciers jusqu'au dépôt d'un plan d'arrangement. Même si l'ordonnance prévoyait la poursuite de l'exploitation, la direction de l'entreprise a publié environ cinq heures plus tard un communiqué de presse dans lequel elle déclarait qu'elle mettait fin à ses activités. Le lendemain, le 9 novembre, une nouvelle ordonnance interdisait la flotte de vol et prescrivait le retour au Canada des aéronefs utilisés par l'entreprise. 13

Le 9 novembre 2001, NAV Canada a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario aux termes du par. 56(1) de la *LCSNAC* l'autorisation de saisir et de retenir des aéronefs utilisés par Canada 3000. 14

The Greater Toronto Airport Authority ("GTAA") applied for relief against Canada 3000 but did not at that time seek leave of the court to seize and detain any aircraft.

15 On November 10, 2001, the directors and officers of Canada 3000 resigned. The next day the Canada 3000 companies were put into bankruptcy. At that time, the Canada 3000 companies owed approximately $7.4 million to NAV Canada, $13 million to the GTAA, and $8.35 million to the other Canadian airport authorities. On November 12, the GTAA moved to seize and detain aircraft under s. 9 of the *Airports Act* and on November 23, the other airport authorities applied for similar relief.

16 The detention remedy sought by the authorities was in relation to 38 aircraft operated by the Canada 3000 companies and collectively worth approximately US $1.1 billion. Despite the existence of the legal titleholders, all of the aircraft were registered in the name of Canada 3000 as owner under the *Aeronautics Act*. Canada 3000 held leases with the various respondents in respect of 36 aircraft. The lessors retained legal title to the aircraft. At the time of the *CCAA* application, rental payments under the leases were significantly in arrears.

17 The termination provisions varied somewhat from lease to lease. Under some, the leases came to an end and the lessors became entitled to repossession upon the granting of the *CCAA* order, under others by the cessation of operations, and under the rest by the assignment in bankruptcy. The *CCAA* stay operated, in effect, as an interim bar to repossession (see s. 11.31 *CCAA*). At the time the detention remedy was sought, the aircraft sought to be seized were grounded at the Canadian airports listed in the style of cause of the various proceedings.

18 On December 3, 2001, after the aircraft had been grounded for close to a month, the motions judge

La Greater Toronto Airports Authority (« GTAA ») a exercé un recours contre Canada 3000 mais n'a pas alors demandé l'autorisation de saisir et retenir des aéronefs.

Le 10 novembre 2001, les administrateurs et dirigeants de Canada 3000 ont démissionné. Le lendemain, les sociétés du groupe étaient mises en faillite. À ce moment, les sociétés de Canada 3000 devaient environ 7,4 millions de dollars à NAV Canada, 13 millions de dollars à la GTAA et 8,35 millions de dollars à d'autres administrations aéroportuaires canadiennes. Le 12 novembre, la GTAA a demandé la saisie et la rétention d'aéronefs sous le régime de l'art. 9 de la *LCA* et le 23 novembre, les autres administrations aéroportuaires ont fait de même.

Le recours en rétention exercé par les administrations visait 38 aéronefs d'une valeur globale approximative de 1,1 milliard de dollars US utilisés par les sociétés de Canada 3000. En dépit des propriétaires en titre, tous les aéronefs étaient immatriculés sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique* comme appartenant à Canada 3000. Cette dernière avait conclu avec les diverses intimées des conventions de location relativement à 36 aéronefs. Les locateurs conservaient le titre de propriété sur les aéronefs. Au moment de la demande fondée sur la *LACC*, les arriérés de loyer représentaient une somme substantielle.

Les clauses de résiliation étaient quelque peu différentes d'un bail à l'autre. Certains baux prévoyaient la résiliation du bail et le droit du locateur à la reprise de possession lorsqu'une ordonnance était rendue en vertu de la *LACC*, selon d'autres, le bail était résilié à la cessation des activités, et selon d'autres, lors de la cession de faillite. En fait, la suspension d'instance aux termes de la *LACC* avait pour effet d'interdire provisoirement la reprise de possession (voir *LACC*, art. 11.31). À la date du recours en rétention, les aéronefs visés étaient frappés d'interdiction de vol dans les divers aéroports canadiens énumérés dans l'intitulé des diverses instances.

Le 3 décembre 2001, presque un mois après l'interdiction de vol des aéronefs, le juge des requêtes

approved the terms of their release on the posting of security for 110 percent of the amounts alleged to be owed. The motions judge then heard the seizure and detention motions through December and into January 2002, and dismissed them on May 7, 2002. The airport authorities and NAV Canada appealed and on January 20, 2004, the Ontario Court of Appeal dismissed their appeal.

a approuvé les termes d'une mainlevée de la saisie contre la remise d'une sûreté équivalant à 110 pour 100 de la créance réclamée. Pendant le mois de décembre et une partie du mois de janvier 2002, il a entendu les requêtes en saisie et rétention, qu'il a rejetées le 7 mai 2002. Les administrations aéroportuaires et NAV Canada ont interjeté appel et le 20 janvier 2004, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté leur appel.

B. *Inter-Canadian*

B. *Inter-Canadien*

Inter-Canadian operated its fleet of aircraft under leasing agreements with the legal titleholders but it too was the registered owner under the *Aeronautics Act*. On November 27, 1999, Inter-Canadian ceased operations and laid off 90 percent of its employees. At that point, it had accumulated unpaid charges totalling approximately $5 million owing to NAV Canada and to the airport authorities. 19

Inter-Canadien exploitait sa flotte d'aéronefs en vertu de conventions de bail passées avec les propriétaires en titre des aéronefs, mais elle aussi était propriétaire enregistrée des appareils sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*. Le 27 novembre 1999, elle a cessé ses activités et a mis à pied 90 pour 100 de son personnel. Sa dette envers NAV Canada et les administrations aéroportuaires pour redevances impayées s'élevait alors à 5 millions de dollars environ.

Through early December 1999 the airport authorities and NAV Canada moved to seize and detain a number of the aircraft. This was authorized by four orders made by the Quebec Superior Court between December 8 and 17. Before the seizure motions were launched, however, one of the respondents, Renaissance Leasing Corporation, had purported to terminate its lease with Inter-Canadian. The aircraft nevertheless remained on the tarmac at Dorval airport. 20

Au début de décembre 1999, les administrations aéroportuaires et NAV Canada ont demandé la saisie et la rétention d'un certain nombre d'aéronefs. Quatre ordonnances de la Cour supérieure du Québec les ont autorisées entre le 8 et le 17 décembre. Avant les requêtes en saisie toutefois, une des intimées, Renaissance Leasing Corporation, avait prétendu résilier son bail conclu avec Inter-Canadien. Les appareils sont quand même demeurés sur le tarmac à l'aéroport de Dorval.

On January 5, 2000, Inter-Canadian filed a notice of intention to make a proposal to its creditors pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3. The airline's creditors rejected its proposal in March and the company was deemed retroactively to have made an assignment in bankruptcy as of January 5. Faced with the legal titleholders' claims that they were entitled to repossession of the aircraft, the trustee in bankruptcy applied to the Superior Court for directions. 21

Le 5 janvier 2000, Inter-Canadien a déposé un avis de son intention de présenter une proposition à ses créanciers sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3. Les créanciers ont rejeté la proposition au mois de mars, constituant rétroactivement le transporteur aérien en faillite en date du 5 janvier. Confronté aux demandes de reprise de possession des aéronefs que lui présentaient les propriétaires en titre, le syndic de faillite s'est adressé à la Cour supérieure pour obtenir des directives.

On July 7, 2000, the Superior Court allowed a motion to release the aircraft in exchange for security set at 150 percent of the claims of the 22

Le 7 juillet 2000, la Cour supérieure a accueilli une demande de mainlevée de la saisie des aéronefs contre la remise d'une sûreté équivalant à 150 pour

airport authorities and NAV Canada. On November 9, 2000, Tremblay J., having heard the application on its merits, confirmed the validity of the detention and also held the legal titleholders liable for the amounts owing. His ruling was overturned by a majority decision of the Quebec Court of Appeal, which held that the lessors' right to repossession took priority and that the legal titleholders were entitled to the return of their aircraft free and clear of the unpaid charges.

II. Judicial History

A. *Canada 3000*

(1) Ontario Superior Court of Justice (Ground J.)

23 The motions judge concluded that the legal titleholders were not jointly and severally liable for the charges owed to NAV Canada under s. 55 of *CANSCA*. They were not "owners" within the meaning of the Act because none of the aircraft were registered in their name. Nor were any of the titleholders in possession of the aircraft when the charges were incurred. In his view, "the word 'owner' in [*CANSCA*] should not be interpreted to include persons who do not have custody or control of the aircraft, do not operate the aircraft, and do not make use of the air navigation services in respect of which the navigation charges are levied": (2002), 33 C.B.R. (4th) 184, at para. 52.

24 Further, the motions judge concluded that the seizure and detention remedies found in *CANSCA* and the *Airports Act* did not create a lien or security interest that ranked in priority to the ownership or perfected security rights of third parties. He preferred the analogy of a *Mareva* injunction:

> I am not persuaded, however, that the legislation granting such detention rights should be interpreted as creating rights against third parties having ownership or perfected security interests in the aircraft such that they, in effect, become liable for the debts of third parties and must extinguish those debts before they can

100 du montant réclamé par les administrations aéroportuaires et NAV Canada. Le 9 novembre 2000, le juge Tremblay, qui avait entendu la requête au fond, a confirmé la validité de la rétention et a statué que les propriétaires en titre étaient tenus au paiement des sommes dues. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision, les juges majoritaires statuant que le droit des locateurs à la reprise de possession avait préséance et que les propriétaires en titre avaient droit à ce que les aéronefs leur soient remis sans qu'ils aient à payer les redevances dues.

II. Les décisions antérieures

A. *Canada 3000*

(1) Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Ground)

Le juge des requêtes a conclu que, sous le régime de l'art. 55 de la *LCSNAC*, les propriétaires en titre n'étaient pas tenus solidairement au paiement des redevances dues à NAV Canada. Ils n'étaient pas les « propriétaire[s] » au sens de cette Loi parce qu'aucun des aéronefs n'était immatriculé à leur nom. Les propriétaires en titre n'avaient pas non plus la possession des aéronefs lorsque les redevances ont été imposées. À son avis, il ne fallait pas donner au [TRADUCTION] « mot "propriétaire" dans la [*LCSNAC*] une interprétation propre à inclure les personnes qui n'ont pas la garde ou la responsabilité des aéronefs, ne les utilisent pas et n'ont pas recours aux services de navigation aérienne pour lesquels les redevances sont imposées » : (2002), 33 C.B.R. (4th) 184, par. 52.

Le juge des requêtes a aussi conclu que les recours à la saisie et la rétention qu'offrent la *LCSNAC* et la *LCA* ne créaient pas un privilège ou une sûreté ayant préséance sur les droits de propriété ou les sûretés parfaites de tiers. Il a privilégié l'analogie à l'injonction *Mareva* :

> [TRADUCTION] Je ne suis pas convaincu, toutefois, qu'il faille considérer que les dispositions conférant de tels droits de rétention ont créé des droits ayant pour effet de rendre des tiers jouissant, à l'égard des aéronefs, d'un droit de propriété ou d'une sûreté parfaite, responsables de dettes auxquelles ils sont étrangers et

enforce their contractual rights to repossess the aircraft or enter into possession of the aircraft to realize on their security. [para. 43]

Accordingly, he dismissed the claims of NAV Canada and the airport authorities.

(2) Ontario Court of Appeal

(a) *Cronk J.A., for the Majority*

Cronk J.A. agreed with the motions judge that the titleholders were not jointly and severally liable under s. 55 of *CANSCA*. A restrictive definition of "owner" excluding legal titleholders was consistent with the user-pay model established by *CANSCA*, the broader regulatory system and the relevant legislative history, all of which demonstrated Parliament's intent to limit liability to "persons having legal custody and control and persons otherwise in possession of aircraft": (2004), 69 O.R. (3d) 1, at para. 118.

Cronk J.A. also agreed that the seizure and detention provisions in *CANSCA* and the *Airports Act* do not give the authorities priority over the rights of the titleholders to repossess the aircraft:

I conclude that the remedies under the Detention Provisions, if granted, do not create rights in the Aircraft that rank in priority to the interests in the Aircraft of the Lessors, the legal titleholders to the Aircraft, in the face of a claim for repossession and recovery of the Aircraft by the Lessors. . . . The Detention Provisions are intended to apply to aircraft of persons having legal custody and control or who are otherwise in possession of the aircraft. [para. 190]

In the view of the majority, even if the aircraft had been properly detained, the engines attached to the aircraft and leased to Canada 3000 by two of the respondents could be removed by their respective owners. The appeal of the various authorities was dismissed.

de les obliger à les acquitter pour pouvoir exercer leurs droits contractuels de reprendre possession ou d'entrer en possession des aéronefs en vue de réaliser leur garantie. [par. 43]

Il a donc rejeté les demandes de NAV Canada et des administrations aéroportuaires. 25

(2) Cour d'appel de l'Ontario

a) *La juge Cronk, pour la majorité*

La juge Cronk a souscrit à l'opinion du juge des requêtes selon laquelle les propriétaires en titre n'étaient pas solidairement responsables en vertu de l'art. 55 de la *LCSNAC*. Elle a estimé qu'une définition restrictive du mot « propriétaire », qui exclut les propriétaires en titre, était conforme au principe de l'utilisateur-payeur établi par la *LCSNAC*, à un cadre réglementaire plus large et à l'historique législatif, qui dans l'ensemble témoignent de l'intention du législateur de limiter la responsabilité aux [TRADUCTION] « personnes qui ont la garde et la responsabilité légales des aéronefs ou aux personnes qui en ont autrement la possession » : (2004), 69 O.R. (3d) 1, par. 118. 26

La juge Cronk a également souscrit à l'opinion voulant que les dispositions de la *LCSNAC* et la *LCA* relatives à la saisie et la rétention n'attribuent pas aux administrations un droit ayant préséance sur le droit des propriétaires en titre de reprendre possession des aéronefs : 27

[TRADUCTION] Je conclus qu'en faisant droit aux recours prévus par les dispositions relatives à la rétention, on ne crée pas, sur les aéronefs, de droits ayant préséance sur les droits des locateurs, les propriétaires en titre, en cas de demande de reprise de possession des aéronefs par ces derniers. [. . .] Les dispositions relatives à la rétention sont censées s'appliquer aux aéronefs de personnes qui ont la garde et la responsabilité légales des aéronefs ou qui en ont autrement la possession. [par. 190]

La majorité de la Cour d'appel a considéré que même si les aéronefs avaient été légitimement retenus, les moteurs fixés aux aéronefs et loués à Canada 3000 par deux des intimées pouvaient être enlevés par leurs propriétaires respectifs. L'appel des diverses administrations a été rejeté. 28

(b) *Juriansz J. (ad hoc), Dissenting in Part*

29 Juriansz J. (*ad hoc*, now J.A.) would have allowed the appeal in respect of the detention remedies. In his view, these remedies focus on the aircraft and not the persons liable to pay. As long as the aircraft is owned or operated by a person liable to pay then it may be the subject of an application to seize and detain it. The fact that other persons may have property interests in the aircraft is of no consequence:

> The remedy is "in addition to any other remedy available for the collection" of the outstanding charges. The remedy is not confined to collection of outstanding charges from persons liable for the charges. The remedy is not directed to persons at all, but rather to "aircraft", and permits the Authorities, under court supervision, to seize, to detain and to refuse to release the aircraft until somebody has satisfied the outstanding charges. [para. 255]

Juriansz J. also held that the detention provisions apply to the leased engines since they were affixed to the aircraft that were subject to the detention remedy.

B. *Inter-Canadian*

(1) Quebec Superior Court (Tremblay J.)

30 The motions judge held the titleholders to be jointly and severally liable for the unpaid charges due to NAV Canada under s. 55 of *CANSCA*. *CANSCA* and the *Airports Act* provide for a right to retain the aircraft operated by a party that has not paid its charges. The motions judge relied on arts. 1592 and 1593 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and determined that the authorities' right of retention of the aircraft took priority over the lessors' interests: [2000] R.J.Q. 2935.

31 Accordingly, by order dated November 9, 2000, the motions judge confirmed the validity of the

b) *Le juge Juriansz (ad hoc), dissident en partie*

Le juge Juriansz (*ad hoc*) (maintenant juge à la Cour d'appel) aurait accueilli l'appel relativement aux demandes de saisie et de rétention. Selon lui, ce recours vise les aéronefs et non les personnes tenues au paiement des redevances. Dès lors que l'aéronef appartient à une personne tenue de payer des redevances, ou est utilisé par elle, il peut faire l'objet d'une demande de saisie et de rétention. Le fait que d'autres personnes puissent avoir des droits de propriété sur les aéronefs n'entre pas en ligne de compte :

> [TRADUCTION] Le recours s'exerce « en sus de tout autre recours visant [le] recouvrement » des redevances en souffrance. Il n'est pas limité au recouvrement de ces redevances auprès des personnes tenues de les payer. Il ne vise aucunement des personnes, mais plutôt les « aéronefs », et il permet aux administrations de saisir et de retenir un aéronef, sous supervision judiciaire, et de refuser de donner mainlevée tant que les redevances n'ont pas été acquittées. [par. 255]

Le juge Juriansz a aussi conclu que les dispositions relatives à la rétention s'appliquaient aux moteurs loués puisqu'ils étaient fixés aux aéronefs faisant l'objet du recours en rétention.

B. *Inter-Canadien*

(1) Cour supérieure du Québec (le juge Tremblay)

Le juge des requêtes a statué que les propriétaires en titre sont solidairement responsables du paiement des redevances dues à NAV Canada aux termes de l'art. 55 de la *LCSNAC*. Selon lui, la *LCSNAC* et la *LCA* prévoient le droit de retenir les aéronefs des utilisateurs en défaut de payer les redevances. Il a appuyé sa décision sur les art. 1592 et 1593 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et a statué que le droit des administrations de retenir les aéronefs avait priorité sur les droits des locateurs : [2000] R.J.Q. 2935.

Dans une ordonnance en date du 9 novembre 2000, le juge des requêtes a confirmé la validité des

seizures, and declared the respondents liable to pay the overdue charges.

(2) Quebec Court of Appeal

(a) *Pelletier and Morissette JJ.A., for the Majority*

Pelletier and Morissette JJ.A. reversed the motions judge's decision and absolved the legal titleholders from liability for unpaid service charges to NAV Canada under s. 55 of *CANSCA*. In their view, limiting the definition of "owner" to the enumerated categories in s. 55(2) was the only interpretation consistent with both the English and French versions of the statute and the statutory context. They noted that NAV Canada's interaction is primarily with the user of the aircraft, not the legal titleholders. They concluded, at (2004), 247 D.L.R. (4th) 503, para. 106, that

[TRANSLATION] these aircraft are in no way liable for the debts of Inter-Canadian for the simple reason that they do not belong to this debtor.

Moreover, in their view, neither the airport authorities nor NAV Canada had any right to an order to seize and detain the aircraft in priority to the rights of the legal titleholders. They rejected the motions judge's resort to the *Civil Code*.

(b) *Nuss J.A., Dissenting*

Nuss J.A. concluded that the intention and purpose of the statutory provisions would be defeated if the legal titleholders could obtain release of the aircraft without payment of the charges. However, he limited the liability of a legal titleholder to an obligation to pay the charges incurred in the operation of aircraft of which it is the titleholder:

. . . the titleholder, to obtain release of its seized aircraft must only pay all the charges, in the use of the airport, incurred (and unpaid) by the operator in the operation of any aircraft owned by the same titleholder. [Emphasis added; para. 145.]

saisies et a déclaré que les intimées étaient tenues au paiement des redevances en souffrance.

(2) Cour d'appel du Québec

a) *Les juges Pelletier et Morissette, pour la majorité*

Les juges Pelletier et Morissette ont infirmé la décision du juge des requêtes et ont dégagé les propriétaires en titre de l'obligation de payer les redevances dues à NAV Canada en vertu de l'art. 55 de la *LCSNAC*. Selon eux, la seule interprétation de la définition de « propriétaire » qui était compatible à la fois avec les versions française et anglaise de la Loi et avec le contexte législatif était celle qui en limitait la portée aux catégories énoncées au par. 55(2). Ils ont signalé que l'interlocuteur de prédilection de NAV Canada était l'usager d'un aéronef, non le propriétaire en titre. Ils ont conclu comme suit à [2004] R.J.Q. 2966, par. 106 : 32

. . . ces aéronefs ne sont tenus d'aucune façon aux dettes d'Inter-Canadien pour la simple et bonne raison qu'ils n'appartiennent pas à cette débitrice.

De plus, ils ont estimé que ni les administrations aéroportuaires ni NAV Canada n'avaient droit d'obtenir une ordonnance de saisie et de rétention des aéronefs leur conférant priorité sur les droits des propriétaires en titre. Ils ont jugé non fondé le recours au *Code civil* par le juge des requêtes. 33

b) *Le juge Nuss, dissident*

Le juge Nuss a conclu qu'il n'est conforme ni à l'intention du législateur ni à l'objet des dispositions législatives que les propriétaires en titre puissent obtenir mainlevée de la saisie des aéronefs sans acquitter les redevances. Toutefois, il a limité la responsabilité des propriétaires en titre au paiement des redevances imposées relativement à l'utilisation des aéronefs dont ils sont propriétaires : 34

[TRADUCTION] . . . pour obtenir mainlevée de la saisie de ses aéronefs, le propriétaire en titre n'a qu'à payer les redevances de services aéroportuaires dues par l'utilisateur qui se rapportent à l'utilisation de tout aéronef appartenant au même propriétaire. [Je souligne; par. 145.]

III. Statutory Provisions

35 The statutory provisions are reproduced in the relevant paragraphs of the reasons.

IV. Analysis

36 This case is from first to last an exercise in statutory interpretation, and the issues of interpretation are, as always, closely tied to context. The notion that a statute is to be interpreted in light of the problem it was intended to address is as old at least as the 16th century; see *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637. In a more modern and elaborate formulation, it is said that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

37 As this Court noted in 1915, part of the context is "the condition of things existent at the time of the enactment": *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1915), 51 S.C.R. 81, at p. 88. At the time the measures in question here were enacted, airline insolvencies and bankruptcies had become a fact of life throughout the airline industry. Many of the planes flown in and out of and across Canada were leased to, and flown by, airlines in, or close to, bankruptcy protection. Under the interpretation offered by the respondents and the majority decisions of the Courts of Appeal, the detention remedy would be opposable to everybody but the titleholder, whose aircraft is often the only asset to survive the financial wreckage. Parliament would be taken to have intended a remedy that is least effective when it is most needed. It is more likely that Parliament fully appreciated that in dealing with aircraft flown in and out of jurisdictions under complex leasing arrangements, the only effective collection scheme is to render the aircraft themselves available for seizure, and thereafter to let those interested in them, including legal titleholders, registered owners, sublessors and operators,

III. Les dispositions législatives

Les dispositions législatives applicables sont reproduites dans les paragraphes pertinents des motifs.

IV. Analyse

La présente espèce est, de bout en bout, un exercice d'interprétation des lois, et les questions d'interprétation sont, comme toujours, étroitement liées au contexte. Le précepte suivant lequel une loi doit être interprétée en fonction du problème auquel elle est censée remédier remonte au seizième siècle au moins; voir *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637. Suivant une formulation plus moderne et plus exhaustive, on dit qu'[TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87).

Comme notre Cour l'a fait remarquer en 1915, le contexte comprend notamment [TRADUCTION] « la situation existant au moment de l'adoption de la loi » : *Grand Trunk Railway Co. of Canada c. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1915), 51 R.C.S. 81, p. 88. Au moment où le législateur a adopté les mesures en cause, les cas de transporteurs aériens insolvables ou en faillite étaient monnaie courante dans l'industrie du transport aérien. Bon nombre des avions qui survolaient le Canada, y arrivaient ou en partaient, étaient loués et utilisés par des transporteurs près de faire faillite ou en faillite. Suivant l'interprétation proposée par les intimées et retenue dans les décisions des Cours d'appel à la majorité, le recours en rétention serait opposable à tous, sauf aux propriétaires en titre dont les aéronefs constituent souvent les seuls avoirs qui survivent au naufrage financier. Le législateur aurait donc eu l'intention de créer un recours qui perd le plus de son efficacité lorsqu'il est le plus nécessaire. Il est plus probable que le législateur ait été pleinement conscient que, s'agissant d'aéronefs dont l'utilisation transcende les frontières et obéit à des baux complexes, le seul mode de perception efficace consiste à rendre

resolve their dispute about where the money is to come from to pay the debts due to the service providers. I should add that I agree with Juriansz J. that the legal titleholders are not without benefit from the services provided, although the benefit is indirect. Without the day to day flight operations the legal titleholders would have no business. They lease the aircraft intending them to be used in the very activities for which the services are provided. By and large, the legal titleholders are sophisticated corporations. They are knowledgeable about the ways of the industry in which they have chosen to participate.

les aéronefs eux-mêmes saisissables et à laisser ensuite les divers intéressés, dont les propriétaires en titre, les propriétaires enregistrés, les sous-locateurs et les utilisateurs, résoudre leur différend sur la question de savoir qui paiera les sommes dues aux fournisseurs de services. J'ajouterais que je partage l'avis du juge Juriansz selon lequel les propriétaires en titre ne sont pas sans retirer des avantages des services fournis, même si ces avantages sont indirects. Les propriétaires en titre ne pourraient pas exercer leurs activités commerciales sans les opérations aériennes quotidiennes. Ils louent des aéronefs en souhaitant qu'ils servent aux activités mêmes pour lesquelles les services sont fournis. Généralement, les propriétaires en titre sont des sociétés bien informées. Ils sont rompus aux subtilités de l'industrie dans laquelle ils ont décidé de jouer un rôle.

Part of the important context is the commercial reality of the marketplace where a statute is intended to function. Here the privatized appellants provide services on the basis of a cost-based tariff fixed by regulation. Prior to *CANSCA* and the *Airports Act*, civil air navigation and airport services were provided by the federal government. Central to the statutory scheme is the fact that these service providers are self-funded and intended to be financially viable and independent; see *CANSCA*, ss. 7 and 8; *House of Commons Debates*, March 25, 1996, at pp. 1152-54. The privatized service providers do not possess the financial resources of the Crown. The statutory remedies are clearly intended to promote financial viability within a risky business environment and to make privatization attractive and practicable to potential investors.

38 La réalité commerciale de l'entreprise privée à laquelle une loi s'applique constitue un élément de ce contexte important. En l'espèce, les appelantes issues de la privatisation fournissent des services suivant un tarif fixé par règlement et établi en fonction des coûts. Avant l'entrée en vigueur de la *LCSNAC* et de la *LCA*, c'est le gouvernement fédéral qui assurait les services aéroportuaires et de navigation aérienne civile. L'autofinancement de ces fournisseurs de service constitue un élément fondamental du régime législatif, de même que la volonté qu'ils soient financièrement autonomes et viables : voir les art. 7 et 8 de la *LCSNAC*; *Débats de la Chambre des communes*, 25 mars 1996, p. 1152-1154. Les fournisseurs de services issus de la privatisation ne disposent pas des ressources financières du gouvernement. Les recours prévus par la loi visent donc clairement à favoriser leur viabilité financière dans un secteur commercial risqué et à faire en sorte que la privatisation attire des investisseurs et leur paraisse faisable.

Another important commercial fact is that not only are NAV Canada and the airport authorities required to provide services according to a cost-based tariff, but they cannot withhold services from even an obviously failing airline. Pursuant to the lease agreement between Transport Canada and

39 Un autre facteur commercial important est le fait que non seulement NAV Canada et les administrations aéroportuaires sont tenues de fournir leurs services au tarif établi en fonction des coûts, mais elles ne peuvent refuser leurs services même à un transporteur aérien clairement au bord de la

the Airport Authorities, the airports cannot limit the access of aircraft to their facilities except in cases of bad weather or emergency conditions; see *Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Ground Lease*, s. 8.10.02. Similarly, NAV Canada is obligated under s. 9 of *CANSCA* to provide all users with its civil air navigation services. This reflects the obligation undertaken by Canada under international agreements; see, e.g., *Air Transport Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America*, February 24, 1995 ("*USA-Canada Open-Skies Agreement*"), Annex I, s. 1.

40 With these preliminary comments on context (and in particular the vitally important commercial context in which these statutes were designed to operate), I turn to the two major questions raised by the appeals. Firstly are the *legal titleholders* liable for the debt incurred by the registered owners and operators of the failed airlines to the service providers? Secondly, even if they are not so liable, are *the aircraft* to which they hold title subject on the facts of this case to judicially issued seizure and detention orders to answer for the unpaid user charges incurred by Canada 3000 and Inter-Canadian?

A. *Are the Legal Titleholders Jointly and Severally Liable to NAV Canada Under Section 55 of CANSCA for Outstanding Civil Air Navigation Charges?*

41 In my view, on a purposeful interpretation of s. 55, the answer is no. I agree with Ground J. and with the unanimous view of both Courts of Appeal that the legal titleholders are not personally liable for the unpaid charges. Section 55 provides:

55. (1) [Joint and several liability] The owner and operator of an aircraft are jointly and severally liable

déconfiture. Les baux conclus entre Transports Canada et les administrations aéroportuaires prévoient que les aéroports ne peuvent restreindre l'accès des aéronefs à leurs installations sauf en cas d'intempéries ou d'urgence; voir le *Bail foncier de l'aéroport international Macdonald-Cartier d'Ottawa*, art. 8.10.02. NAV Canada est pareillement tenue, en vertu de l'art. 9 de la *LCSNAC*, de fournir ses services de navigation aérienne civile à tous les usagers. Ces mesures correspondent aux obligations internationales contractées par le Canada; voir p. ex. l'*Accord relatif au transport aérien entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 24 février 1995 (« *Accord ciels ouverts* »), Annexe I, art. 1.

Ces observations préliminaires sur le contexte (et en particulier sur le contexte commercial d'importance vitale dans lequel ces lois doivent s'appliquer) m'amènent à l'examen des deux principales questions soulevées dans ces pourvois. Premièrement, les *propriétaires en titre* sont-ils tenus aux dettes contractées envers les fournisseurs de services par les propriétaires enregistrés et usagers des transporteurs aériens défaillants? Et deuxièmement, même s'ils ne sont pas tenus à ces dettes, est-ce que *les aéronefs* dont ils sont propriétaires sont assujettis, dans les circonstances en cause, à des ordonnances judiciaires de saisie et de rétention pour garantir le paiement des redevances imposées à Canada 3000 et Inter-Canadien?

A. *Les propriétaires en titre sont-ils solidairement responsables envers NAV Canada aux termes de l'art. 55 de la LCSNAC relativement aux redevances pour services de navigation aérienne civile en souffrance?*

À mon avis, selon une interprétation téléologique de l'art. 55, la réponse est non. Je souscris à l'opinion du juge Ground et à l'opinion unanime des deux Cours d'appel selon lesquelles les propriétaires en titre n'assument aucune responsabilité personnelle pour les redevances impayées. L'article 55 prévoit ce qui suit :

55. (1) [Solidarité] Le propriétaire et l'usager d'un aéronef sont solidaires du paiement des redevances

for the payment of any charge for air navigation services imposed by the Corporation in respect of the aircraft.

(2) [Meaning of "owner"] In subsection (1), "owner", in respect of an aircraft, includes

(*a*) the person in whose name the aircraft is registered;

(*b*) a person in possession of an aircraft as purchaser under a conditional sale or hire-purchase agreement that reserves to the vendor the title to the aircraft until payment of the purchase price or the performance of certain conditions;

(*c*) a person in possession of the aircraft as chattel mortgagor under a chattel mortgage; and

(*d*) a person in possession of the aircraft under a bona fide lease or agreement of hire.

imposées par la société pour les services de navigation aérienne à l'égard de l'aéronef.

(2) [Définition de « propriétaire »] Pour l'application du paragraphe (1), « propriétaire », relativement à un aéronef, s'entend :

a) de la personne au nom de laquelle l'aéronef est immatriculé;

b) d'une personne qui est en possession de l'aéronef à titre d'acheteur en vertu d'un acte de vente conditionnelle ou d'un acte de location-vente qui laisse au vendeur le titre de propriété de l'aéronef jusqu'au paiement du prix d'achat ou jusqu'à l'accomplissement de certaines conditions;

c) d'une personne qui est en possession de l'aéronef à titre de débiteur hypothécaire en vertu d'une hypothèque sur biens meubles;

d) d'une personne qui est en possession de l'aéronef en vertu d'un bail ou d'un contrat de louage conclu de bonne foi.

The appellants contend that the word "owner" in s. 55(1) should be given its ordinary meaning to include the legal titleholders. Who, more than they, should be considered an "owner"? The legal titleholders respond that it would be absurd to make them jointly and severally liable for civil air navigation charges related to air operations in which they did not participate, any more than the owner of a rented car should be liable for charges incurred by a renter in using a toll bridge. They point out that the practical effect of NAV Canada's argument would be mischievous. In this case, for example, Canada 3000 leased a number of aircraft from International Lease Finance Corporation ("ILFC") based in California, one of the largest aircraft leasing companies in the world. If NAV Canada's interpretation of s. 55 is correct, it would mean that a seizure and detention order issued in respect of Canada 3000's unpaid user charges could in theory attach not only to the ILFC aircraft leased to Canada 3000, but also to any other aircraft to which ILFC holds title, including aircraft leased to other airlines (e.g. Lufthansa, British Airways or United Airlines). Thus the wreckage created by Canada 3000's collapse could spread disruption widely and

42 Les appelantes soutiennent que le mot « propriétaire », au par. 55(1), doit être pris dans son sens ordinaire et inclure les propriétaires en titre. Qui plus qu'eux peut-on considérer comme des « propriétaire[s] »? Ces derniers objectent qu'il n'est pas plus logique de les rendre solidairement responsables de redevances imposées pour des services de navigation aérienne civile afférents à des opérations de transport aérien auxquelles ils n'ont pas pris part que de tenir le propriétaire d'une voiture louée responsable des droits que verse le locataire qui emprunte un pont à péage. Ils signalent que l'argument de NAV Canada aurait, en pratique, des conséquences pernicieuses. En l'espèce par exemple, Canada 3000 a pris à bail des aéronefs d'International Lease Finance Corporation (« ILFC ») de Californie, l'une des principales sociétés de location d'aéronefs au monde. Si l'interprétation de l'art. 55 proposée par NAV Canada est correcte, cela signifierait que l'ordonnance de saisie et de rétention rendue relativement aux redevances d'utilisation dues par Canada 3000 pourrait en théorie s'appliquer non seulement aux aéronefs d'ILFC loués à Canada 3000 mais aussi à tout autre appareil dont ILFC est propriétaire, y compris aux aéronefs loués à d'autres transporteurs aériens

perhaps unjustifiably trigger a further crisis in other airlines.

43 It seems clear from the statutes and the legislative record that Parliament intended to create a "user-pay" scheme for civil air navigation services, and that the only "users" of the civil air navigation services within the contemplation of the Act are the airlines, not the legal titleholders.

(1) The Meaning of "Owner"

44 If s. 55(1) were read in isolation, the ordinary and grammatical meaning of "owner" would include the legal titleholder. However, this Court held, in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, that

> one must consider the "entire context" of a provision before one can determine if it is reasonably capable of multiple interpretations. . . .
>
> . . . It is necessary, in every case, for the court charged with interpreting a provision to undertake the contextual and purposive approach set out by Driedger, and *thereafter* to determine if "the words are ambiguous . . .". [Underlining added; paras. 29-30.]

45 Accordingly, to paraphrase the Court's decision in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, it is necessary to suspend judgment on the precise scope of the word "owner" in s. 55(1) and first to examine the "contextual" elements of the Driedger approach.

(2) Statutory Context of Section 55

46 Understandably, the appellants lay great emphasis on the fact that s. 55(2) is introduced by the words

(p. ex. Lufthansa, British Airways ou United Airlines). Par conséquent, le naufrage causé par l'effondrement de Canada 3000 pourrait se répercuter largement dans l'industrie et, peut-être, déclencher sans raison une autre crise chez d'autres transporteurs aériens.

Les lois et l'historique législatif indiquent clairement que le législateur a voulu instituer un régime d'« utilisateur-payeur » en matière de services de navigation aérienne civile et que les seuls « usager[s] » de ces services visés par la loi sont les transporteurs aériens, non les propriétaires en titre.

(1) Le sens de « propriétaire »

Si l'on considérait isolément le par. 55(1), le mot « propriétaire », dans son sens ordinaire et grammatical, inclurait le propriétaire en titre. Toutefois, notre Cour a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42 :

> Il [faut] tenir compte du « contexte global » de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de multiples interprétations. . .
>
> . . . Il est donc nécessaire, dans chaque cas, que le tribunal appelé à interpréter une disposition législative se livre à l'analyse contextuelle et téléologique énoncée par Driedger, *puis* se demande si [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu . . . » [Soulignement ajouté; par. 29-30.]

Par conséquent, pour paraphraser un autre arrêt de notre Cour, *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, il est nécessaire de réserver notre jugement sur la portée exacte du terme « propriétaire » au par. 55(1) et d'examiner d'abord les éléments « contextuels » de la méthode préconisée par Driedger.

(2) Le contexte législatif de l'art. 55

Naturellement, les appelantes insistent fortement sur le fait que la version anglaise du par. 55(2) commence par les mots

In subsection (1), "owner", in respect of an aircraft, includes . . . .

followed by a list of four subsections. In the French text, on the other hand, the introductory words are

Pour l'application du paragraphe (1), "propriétaire", relativement à un aéronef, s'entend . . . .

There was, as might be expected, much argument over the words "includes" and "*s'entend*" in s. 55(2). NAV Canada argues that "includes" expands the definition of owner beyond the enumerated groups and that its ordinary meaning encompasses titleholders. The legal titleholders respond that the sense of "*s'entend*" in the French text is usually conveyed by the English word "means", which generally precedes a definition to be construed as exhaustive, and which would therefore exclude them from personal liability.

The English word "includes" may also, depending on the context, precede a list that exhausts the definition; see, e.g., *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99 (P.C.), at pp. 105-6; *R. v. Loblaw Groceteria Co. (Manitoba) Ltd.*, [1961] S.C.R. 138.

In this case, in my view there are three significant reasons for adopting a restrictive interpretation of the word "includes" in s. 55(2), and thereby excluding the legal titleholders from liability under s. 55(1).

Firstly, it *is* significant that the French version signals a closed list; see Uniform Law Conference of Canada, *Drafting Conventions for the Uniform Law Conference of Canada* (on-line), s. 21(4). The shared meaning is not conclusive when such an interpretation would be contrary to the purpose and intent of the statute, but it is preferred; see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1070-72; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 269, 2002 SCC 62, at para. 56; and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 79-90. Further, where one of the linguistic versions is broader than the other, the common meaning favours the more restricted or limited meaning;

In subsection (1), "owner", in respect of an aircraft, includes . . .

suivis de quatre alinéas, alors que la version française est introduite par l'énoncé suivant :

Pour l'application du paragraphe (1), « propriétaire », relativement à un aéronef, s'entend . . .

Comme on peut le penser, l'emploi des mots « *includes* » et « s'entend » au par. 55(2) a suscité un débat considérable. NAV Canada soutient que « *includes* » étend la définition de propriétaire au-delà des catégories énumérées et que son sens ordinaire englobe les propriétaires en titre. Ces derniers répliquent que l'expression française « s'entend » se rend habituellement en anglais par « *means* », qui introduit généralement une définition qu'il faut considérer comme exhaustive et qui écarterait par conséquent leur responsabilité personnelle.

47 Le mot anglais « *includes* » peut également, selon le contexte, introduire une définition exhaustive; voir p. ex. *Dilworth c. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99 (C.P.), p. 105-106; *R. c. Loblaw Groceteria Co. (Manitoba) Ltd.*, [1961] R.C.S. 138.

48 À mon avis, trois raisons importantes militent en l'espèce en faveur d'une interprétation restrictive du mot « *includes* » au par. 55(2) et écartent par conséquent la responsabilité des propriétaires en titre en vertu du par. 55(1).

49 Premièrement, le fait que la version française indique une définition fermée *est* significatif; voir Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Protocole de rédaction de la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada* (en ligne), par. 21(4). Même si la signification commune n'est pas déterminante lorsqu'elle irait à l'encontre de l'objet de la loi, elle est préférable; voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1070-1072; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, 2002 CSC 62, par. 56; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 79-90. De plus, lorsque l'une des versions a une portée plus large que l'autre, la signification commune favorise

see *Schreiber*; *R. v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378. As the English version is ambiguous, indicating that the list could be exhaustive or expansive depending on the context, the fact that the relatively clear French version signals that "owner" is restricted to the persons listed in s. 55(2) is a factor weighing against NAV Canada's expansive interpretation.

50 Secondly, I conclude (as did the Courts of Appeal) that interpreting the list enumerated in s. 55(2) as exhaustive of ownership for the purposes of s. 55(1) is consistent with the regulatory scheme as a whole and its legislative history, outlined below. In restricting "owner" to those in possession and legal custody and control of the aircraft, s. 55(2) is brought into conformity with the meaning that the word "owner" carries throughout the interlocking statutes that regulate aeronautics. For example, under the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433 ("*CARs*"), only a person who has legal custody and control may be a registered owner. Sections 55(2)(*b*) to (*d*) all explicitly state that the "owner" must be in possession of the aircraft. Also of significance is s. 55(2)(*d*), which includes as owner someone "in possession of the aircraft under a bona fide lease". No reference is made therein to the lessor. Parliament put its mind to aircraft leasing agreements and decided that the person in possession of the aircraft is the owner for the purposes of user charges.

51 Thirdly, exclusion of legal titleholders is consistent with Parliament's manifest intent to limit the scope of liability to "users" of NAV Canada's civil air navigation services. Section 32 of *CANSCA* authorizes NAV Canada to impose charges only on a "user", which s. 2(1) of the Act defines as "an aircraft operator." Part III of *CANSCA* lays out detailed mechanisms through which NAV Canada may impose fees. All of its provisions contemplate that it is the user who will be charged. Section 36(3)(*a*)(i) states that notice of changes to existing

le sens le plus restreint ou limité; voir *Schreiber*; *R. c. Dubois*, [1935] R.C.S. 378. Comme la version anglaise est ambiguë puisqu'elle indique que l'énumération pourrait être exhaustive ou ouverte selon le contexte, le fait que la version française relativement claire signale que le mot « propriétaire » se limite aux personnes énumérées au par. 55(2) constitue un facteur militant contre l'interprétation large que fait valoir NAV Canada.

Deuxièmement, je conclus (comme l'ont fait les Cours d'appel) qu'il est conforme à l'ensemble du régime de réglementation et à l'historique de la loi, dont il sera question plus loin, de voir une liste exhaustive dans l'énumération faite au par. 55(2) pour l'application du par. 55(1). En limitant le mot « propriétaire » aux personnes qui sont en possession d'un aéronef et qui en ont la garde et la responsabilité légales, le par. 55(2) s'aligne sur le sens qui est conféré au mot « propriétaire » dans l'ensemble des lois qui régissent l'aéronautique. Par exemple, suivant le *Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433 (« *RAC* »), seule une personne qui a la garde et la responsabilité légales d'un aéronef peut en être le propriétaire enregistré. Les alinéas 55(2)*b*) à *d*) énoncent tous explicitement que le « propriétaire » doit être en possession de l'aéronef. L'alinéa 55(2)*d*) revêt aussi une importance particulière car il confère qualité de propriétaire à une personne qui est « en possession de l'aéronef en vertu d'un bail ou d'un contrat de louage conclu de bonne foi ». Il n'y est pas fait mention du locateur. Le législateur a pris en considération les accords de location d'aéronefs et il a décidé que la personne en possession d'un aéronef en est le propriétaire pour les besoins des redevances d'utilisation.

Troisièmement, l'exclusion des propriétaires en titre est conforme à l'intention manifeste du législateur de limiter la portée de la responsabilité aux « usagers » des services de navigation aérienne civile de NAV Canada. L'article 32 de la *LCSNAC* autorise NAV Canada à imposer des redevances uniquement à un « usager », défini comme l'« [e]xploitant d'un aéronef » au par. 2(1). La partie III de la *LCSNAC* prévoit des mécanismes précis à cet égard, et il ressort de toutes ses dispositions que c'est à l'usager que les redevances

charges and notice of new charges must be sent to representative user organizations. Section 37(4) states that NAV Canada must advise representative user organizations once a new charge has been approved. Section 44 limits the right to appeal charges to "any user, group of users or representative organization of users".

sont imposées. Le paragraphe 36(3) énonce que des préavis de révision des redevances existantes ou de nouvelles redevances doivent être envoyés aux organisations représentant les usagers. Aux termes du par. 37(4), NAV Canada doit informer ces organisations lorsqu'une nouvelle redevance a été approuvée. L'article 44 limite le droit d'interjeter appel relativement aux redevances à « l'usager ou l'organisation ou regroupement représentant ses intérêts ».

In contrast, titleholders are not provided with notice of rates or accounts of the charges that their aircraft accumulate. In this case, the respondents in the Canada 3000 case were only notified of the $7.4 million owing to NAV Canada the day before the airline filed for protection under the *CCAA*. Thus Cronk J.A. observed that

52 Les propriétaires en titre, par contre, ne reçoivent pas d'avis concernant la tarification ou le montant des redevances dues à l'égard de leurs aéronefs. En l'espèce, les intimées dans l'affaire Canada 3000 n'ont été informées de l'existence de la créance de 7,4 millions de dollars de NAV Canada que la veille du jour où le transporteur aérien s'est prévalu de la protection de la *LACC*. Ainsi, la juge Cronk a fait remarquer ce qui suit :

> the charges scheme of the *CANSCA* does not protect aircraft lessors and secured creditors from the possible imposition by NAV Canada of improper or arbitrary navigation charges precisely because it is not envisaged that such persons will have any liability for such charges. [para. 101]

> [TRADUCTION] [L]e régime de redevances de la *LCSNAC* ne protège pas les locateurs d'aéronefs et les créanciers garantis contre la possibilité que NAV Canada impose des redevances irrégulières ou arbitraires précisément parce qu'il n'est pas prévu que ces personnes soient assujetties à ces redevances. [par. 101]

53 In summary, in my view, the statutory context supports the exclusion of the legal titleholders from the definition of owner under s. 55 of *CANSCA*.

En résumé, je suis d'avis que le contexte législatif appuie l'idée que les propriétaires en titre soient exclus de la définition de propriétaire à l'art. 55 de la *LCSNAC*.

(3) The Broader Legislative Framework

(3) Le cadre législatif plus général

54 As stated, aeronautics in Canada is governed by a complex web of statutes, regulations and international conventions. *CANSCA* and the *Airports Act* are part of this broader legislative framework. In *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, the Court emphasized, at para. 52, "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter". See also *Bell ExpressVu*, at para. 27.

Comme je l'ai indiqué, au Canada, l'aéronautique est régie par un ensemble complexe de lois, de règlements et de conventions internationales. La *LCSNAC* et la *LCA* font partie de ce cadre législatif élargi. Dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, la Cour a mis l'accent, au par. 52, sur le « principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet ». Voir aussi *Bell ExpressVu*, par. 27.

55 The policy and practice throughout the federal regulatory scheme is to use the term "owner" to refer to the person in legal custody and control of

Dans tout le régime de réglementation fédéral en cause, le mot « propriétaire » renvoie en principe et en pratique à la personne qui a la garde et

the aircraft, not the legal titleholder. The *CARs*, for example, define owner as "the person who has legal custody and control of the aircraft" (s. 101.01(1)). The *Aeronautics Act* refers only to "registered owners" and, under s. 4.4(5), only the operator or *registered* owner may face liability for charges imposed under that Act. Section 3(1) defines a registered owner as the person to whom a certificate of registration has been issued and the *CARs* make clear that an aircraft may only be registered by an owner who, again, must have legal custody and control of the aircraft; see ss. 202.15 to 202.17. Section 2(2) of *CANSCA* itself states that "[u]nless a contrary intention appears, words and expressions used in this Act have the same meaning as in subsection 3(1) of the *Aeronautics Act*." I appreciate that arguments are available to counter these points but in my view the legal titleholders have the better side of the debate.

56 Internationally, the *Convention on International Civil Aviation*, December 7, 1944, Can. T.S. 1944 No. 36 (the "Chicago Convention"), does not require legal title to correspond with registered ownership. Article 19 states that registration shall be in accordance with the laws of the contracting State. It is common ground that, by virtue of ss. 202.15, 202.16 and 202.17 of the *CARs*, an aircraft may only be registered in the Canadian Civil Aircraft Register by the "owner" of the aircraft as that term is defined under s. 101.01(1) of the *CARs*, and that that person is the entity having legal custody and control of the aircraft. Thus an airline operating aircraft in Canada under a long-term lease is named on the Certificate of Registration as "owner" of the aircraft, notwithstanding that title is actually held by the lessor; see D. H. Bunker, *Canadian Aviation Finance Legislation* (1989), at p. 764. We have been given no reason why the privatization legislation should be held to depart so strikingly from Canadian regulatory practice.

la responsabilité légales de l'aéronef, non au propriétaire en titre. Le *RAC*, par exemple, définit le propriétaire comme étant « [d]ans le cas d'un aéronef, la personne qui en a la garde et la responsabilité légales » (par. 101.01(1)). Dans la *Loi sur l'aéronautique*, il n'est question que des « propriétaires enregistrés », et le par. 4.4(5) énonce que seul l'utilisateur ou le propriétaire *enregistré* peut être tenu responsable du paiement des redevances imposées en vertu de cette Loi. Au paragraphe 3(1), le propriétaire enregistré est défini comme le titulaire d'une marque d'immatriculation d'aéronef, et il ressort clairement du *RAC* qu'un aéronef ne peut être immatriculé que par un propriétaire qui, encore une fois, doit avoir la garde et la responsabilité légales de l'aéronef; voir les art. 202.15 à 202.17. Le paragraphe 2(2) de la *LCSNAC* lui-même énonce que « [à] moins d'indication contraire du contexte, les termes utilisés dans la présente loi s'entendent au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'aéronautique*. » Je suis conscient qu'on peut opposer des arguments à chacun de ces points, mais j'estime que la position des propriétaires en titre est plus défendable.

Au plan international, la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, R.T. Can. 1944 n° 36 (la « Convention de Chicago »), n'exige pas que le titre de propriété corresponde à l'immatriculation. L'article 19 énonce que l'immatriculation dans un État contractant s'effectue conformément à ses lois. Il est bien établi qu'aux termes des art. 202.15, 202.16 et 202.17 du *RAC*, un aéronef ne peut être inscrit au Registre des aéronefs civils canadiens que par son « propriétaire », au sens de la définition énoncée au par. 101.01(1) du *RAC*, et cette personne est l'entité qui en a la garde et la responsabilité légales. Ainsi, un transporteur aérien utilisant un aéronef au Canada en vertu d'un bail à long terme est désigné comme le « propriétaire » de l'aéronef au certificat d'immatriculation, bien que le détenteur réel du titre de propriété soit le locateur; voir D. H. Bunker, *Canadian Aviation Finance Legislation* (1989), p. 764. On n'a évoqué devant nous aucun motif justifiant de considérer que les lois opérant privatisation s'écarteraient de façon aussi marquée du cadre réglementaire canadien.

(4) Legislative History

Though of limited weight, Hansard evidence can assist in determining the background and purpose of legislation; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 484. In this case, it confirms Parliament's apparent intent to exclude legal titleholders from personal liability for air navigation charges. The legislative history and the statute itself make it clear that Parliament did not intend *CANSCA* to replace or override the existing regulatory framework but rather to fit cohesively within it. In introducing *CANSCA*, the Minister of Transport stated that the *Aeronautics Act*, which establishes the essential regulatory framework to maintain safety in the aviation industry, "will always take precedence over the commercialization legislation" (*House of Commons Debates*, March 25, 1996, at p. 1154). In the Ontario Court of Appeal, Cronk J.A. highlighted a number of other instances where government spokespersons emphasized to Members of Parliament that *CANSCA* was to fit within the existing regulatory framework which generally favours the narrow meaning of "owner"; see, e.g., *House of Commons Debates*, May 15, 1996, at p. 2834; May 29, 1996, at p. 3144; June 4, 1996, at pp. 3394 and 3410; and *Debates of the Senate*, vol. 135, 2nd Sess., 35th Parl., June 10, 1996, at pp. 588-89.

In 1985, during passage of the *Aeronautics Act*, a concern was raised in Parliament that liability under s. 4.4(5) (that Act's liability provision) could extend to legal titleholders. In response, the Government inserted the term "registered owner". The Parliamentary Secretary to the Minister of Transport specifically stated that the change was made to ensure that liability did not extend to those who had a security or other financial interest in the aircraft; *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1985, at pp. 6065-66.

In 1996, the Government considered Bill C-20 (which became *CANSCA*) as it transferred the

(4) L'historique législatif

57 Bien que sa valeur probante soit restreinte, la transcription des débats parlementaires peut servir à déterminer le contexte et l'objet d'un texte législatif; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 484. En l'espèce, elle confirme l'intention évidente du législateur d'exclure la responsabilité personnelle des propriétaires en titre à l'égard des redevances pour la navigation aérienne. L'historique législatif et la *LCSNAC* elle-même montrent clairement que le législateur ne voulait pas que cette Loi remplace ou écarte le cadre réglementaire en place mais plutôt qu'elle s'y insère de façon cohérente. Lorsqu'il a présenté la *LCSNAC*, le ministre des Transports a déclaré que la *Loi sur l'aéronautique*, qui fournit le cadre réglementaire essentiel pour assurer la sécurité dans l'industrie aéronautique, « aura toujours préséance sur la loi prévoyant la commercialisation » (*Débats de la Chambre des communes*, 25 mars 1996, p. 1154). La juge Cronk de la Cour d'appel de l'Ontario a signalé d'autres interventions de porte-parole du gouvernement assurant les députés que la *LCSNAC* devait s'inscrire dans le cadre réglementaire existant qui retient généralement le sens étroit du mot « propriétaire »; voir p. ex. *Débats de la Chambre des communes*, 15 mai 1996, p. 2834; 29 mai 1996, p. 3144; 4 juin 1996, p. 3394 et 3410, et *Débats du Sénat*, vol. 135, 2e sess., 35e lég., 10 juin 1996, p. 588-589.

58 En 1985, au cours de l'adoption de la *Loi sur l'aéronautique*, des députés ont craint que la responsabilité imposée par le par. 4.4(5) (la disposition relative à la responsabilité) puisse s'étendre aux propriétaires en titre des aéronefs. C'est pourquoi le gouvernement a ajouté l'expression « propriétaire enregistré ». Le secrétaire parlementaire du ministre des Transports a explicitement précisé que cette modification visait à écarter la possibilité que soit retenue la responsabilité des titulaires d'une sûreté ou d'un autre intérêt financier sur un aéronef; voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 33e lég., 20 juin 1985, p. 6065-6066.

59 Le projet de loi C-20 (devenu la *LCSNAC*) transférant de Transports Canada à NAV Canada

operation of the civil navigation system from Transport Canada to NAV Canada. The Clause by Clause Analysis brief presented to the Senate Committee explained that s. 55 is based on the wording of the equivalent section of the *Aeronautics Act* which, as stated, restricts "owner" to *registered* owner; see "Clause by Clause Analysis for the *Civil Air Navigation Services Commercialization Act*", as presented to the Senate Committee on Transport and Communications, at pp. 51-52. However, the textual discrepancy noted above was not addressed.

(5) Conclusion on the Section 55 Issue

60 A purposive interpretation of s. 55 that takes into account the foregoing considerations compels rejection of the position urged by NAV Canada. Moreover, and importantly, the narrow interpretation of "owner" in s. 55(1) conforms with common sense. It would be a severe disruption to the functioning of the airline industry if, as a result of Canada 3000's failure to pay its charges, NAV Canada could seize and detain an aircraft operated by, for example, Air Canada. There is no reason to think Parliament intended to let the damage caused by a failed airline expand beyond that airline's fleet of aircraft.

61 Accordingly, applying Driedger's contextual approach to s. 55(1) of *CANSCA*, I agree with the Courts of Appeal that the titleholders of the aircraft are *not* jointly and severally liable for the charges due to NAV Canada. They are not "owners" within the meaning of that section.

B. *The Detention Remedy*

62 If the legal titleholders are not directly liable for the charges due to the service providers, they argue that it would be unfair and contradictory to hold their aircraft hostage for the payment. Section 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act* should be

l'exploitation du système de navigation civile a été examiné en 1996. L'analyse article par article du projet de loi présentée au comité sénatorial expliquait que le libellé de l'art. 55 s'inspirait de celui des dispositions analogues prévues par la *Loi sur l'aéronautique*, lesquelles, comme on l'a indiqué, limitent la notion de « propriétaire » à celle de propriétaire *enregistré*; voir [TRADUCTION] « Analyse article par article de la *Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile* », présentée au Comité permanent des transports et des communications du Sénat, p. 51-52. Toutefois, la formulation différente signalée précédemment n'a pas été expliquée.

(5) Conclusion pour la question relative à l'art. 55

Une interprétation téléologique de l'art. 55 tenant compte des considérations qui précèdent m'oblige à rejeter la solution que NAV Canada nous presse de retenir. En outre, il importe de signaler qu'une interprétation restrictive du mot « propriétaire » au par. 55(1) relève du bon sens. On perturberait gravement le fonctionnement de l'industrie du transport aérien si, en raison du défaut de Canada 3000 d'acquitter ses redevances, on permettait à NAV Canada de saisir et de retenir un avion utilisé, par exemple, par Air Canada. Rien ne nous autorise à penser que le législateur voulait que l'échec d'un transporteur aérien se répercute au-delà de la flotte de ce transporteur.

L'application, au par. 55(1) de la *LCSNAC*, de la méthode contextuelle préconisée par Driedger m'amène donc à conclure, comme le font les Cours d'appel, que les propriétaires en titre d'aéronefs *ne* sont *pas* solidairement tenus au paiement des redevances dues à NAV Canada. Ils ne sont pas des « propriétaires » au sens de cette disposition.

B. *Le recours en rétention*

Les propriétaires en titre soutiennent que s'ils ne sont pas directement tenus au paiement des redevances dues aux fournisseurs de services, il serait injuste et illogique de prendre leurs aéronefs en gage pour garantir le paiement. Les propriétaires

interpreted consistently with s. 55(1) of *CANSCA*, the legal titleholders argue, and their right to repossess the aircraft on termination of the lease should take priority over the statutory remedy.

en titre affirment que les art. 56 de la *LCSNAC* et 9 de la *LCA* devraient être interprétés dans le sens du par. 55(1) de la *LCSNAC*, et que leur droit de reprendre possession des aéronefs sur résiliation du bail devrait avoir préséance sur le recours prévu par la Loi.

On the other hand, Nuss J.A., dissenting in the Quebec Court of Appeal, put the contrary position:

63 Le juge Nuss par contre, qui était dissident en Cour d'appel du Québec, soutient le contraire :

> If the titleholder could obtain release of the seized aircraft without the payment of the outstanding charges or providing security, the intention and purpose of the Detention Provisions enacted by Parliament would be defeated. This is so because the debt is constituted of charges incurred by the operator of the aircraft (who is often, as in this case, the registered owner) and not by the titleholder. Thus, if the contention of [the titleholders] were to prevail, the titleholder, who is neither the operator nor the "owner" within the meaning of the statutes, could always obtain release of the aircraft and the charges would not be paid. The recourse provided by Parliament would, inevitably, be of no avail. [para. 126]

> [TRADUCTION] Il irait à l'encontre de l'objet des dispositions relatives à la rétention édictées par le législateur que le propriétaire en titre puisse obtenir mainlevée de la saisie sans avoir à payer les redevances dues ou à remettre une sûreté. En effet, la dette se compose de redevances encourues par l'utilisateur des aéronefs (qui en est souvent le propriétaire enregistré, comme en l'espèce) et non par leur propriétaire en titre. Ainsi, si l'argument des propriétaires en titre devait prévaloir le propriétaire en titre, qui n'est ni utilisateur ni « propriétaire » au sens des lois, pourrait toujours obtenir mainlevée, et les redevances ne seraient pas acquittées. Inévitablement, le recours prévu par le législateur ne servirait à rien. [par. 126]

I believe that Nuss J.A. is correct on this point.

Je pense que le juge Nuss a raison sur ce point.

The relevant provisions, which authorize applications to a superior court judge of the province in which any aircraft owned or operated by the person liable to pay the charge or amount is situated, are expressed in the two statutes in similar terms.

64 Les dispositions pertinentes, qui autorisent les demandes à un juge de la juridiction supérieure de la province où se trouve l'aéronef dont le défaillant est propriétaire ou usager, ont un libellé analogue dans les deux lois.

Section 56 of *CANSCA* provides:

65 L'article 56 de la *LCSNAC* prévoit ce qui suit :

> **56.** (1) [Seizure and detention of aircraft] In addition to any other remedy available for the collection of an unpaid and overdue charge imposed by the Corporation for air navigation services, and whether or not a judgment for the collection of the charge has been obtained, the Corporation may apply to the superior court of the province in which any aircraft owned or operated by the person liable to pay the charge is situated for an order, issued on such terms as the court considers appropriate, authorizing the Corporation to seize and detain any such aircraft until the charge is paid or a bond or other security for the unpaid and overdue amount in a form satisfactory to the Corporation is deposited with the Corporation.
>
> (2) [Application may be *ex parte*] An application for an order referred to in subsection (1) may be made

> **56.** (1) [Saisie et détention] À défaut de paiement ou en cas de retard de paiement des redevances qu'elle impose pour les services de navigation aérienne, la société peut, en sus de tout autre recours visant leur recouvrement et indépendamment d'une décision judiciaire à cet égard, demander à la juridiction supérieure de la province où se trouve l'aéronef dont le défaillant est propriétaire ou usager de rendre, aux conditions que la juridiction estime indiquées, une ordonnance l'autorisant à saisir et à retenir l'aéronef jusqu'au paiement des redevances ou jusqu'au dépôt d'une sûreté — cautionnement ou autre garantie qu'elle juge satisfaisante — équivalente aux sommes dues.
>
> (2) [Demande sans préavis] Dans les mêmes circonstances, la société peut, si elle est fondée à croire

ex parte if the Corporation has reason to believe that the person liable to pay the charge is about to leave Canada or take from Canada any aircraft owned or operated by the person.

(3) [Release] The Corporation shall release from detention an aircraft seized under this section if

(*a*) the amount in respect of which the seizure was made is paid;

(*b*) a bond or other security in a form satisfactory to the Corporation for the amount in respect of which the seizure was made is deposited with the Corporation; or

(*c*) an order of a court directs the Corporation to do so.

66 Section 9 of the *Airports Act*, under which the airport authorities bring their seizure and detention applications, is to the same effect.

9. (1) [Seizure and detention for fees and charges] Where the amount of any landing fees, general terminal fees or other charges related to the use of an airport, and interest thereon, set by a designated airport authority in respect of an airport operated by the authority has not been paid, the authority may, in addition to any other remedy available for the collection of the amount and whether or not a judgment for the collection of the amount has been obtained, on application to the superior court of the province in which any aircraft owned or operated by the person liable to pay the amount is situated, obtain an order of the court, issued on such terms as the court considers necessary, authorizing the authority to seize and detain aircraft.

(2) [Idem] Where the amount of any fees, charges and interest referred to in subsection (1) has not been paid and the designated airport authority has reason to believe that the person liable to pay the amount is about to leave Canada or take from Canada any aircraft owned or operated by the person, the authority may, in addition to any other remedy available for the collection of the amount and whether or not a judgment for the collection of the amount has been obtained, on *ex parte* application to the superior court of the province in which any aircraft owned or operated by the person is situated, obtain an order of the court, issued on such terms as the court considers necessary, authorizing the authority to seize and detain aircraft.

(3) [Release on payment] Subject to subsection (4), except where otherwise directed by an order of a court,

que le défaillant s'apprête à quitter le Canada ou à en retirer un aéronef dont il est propriétaire ou usager, procéder à la même demande *ex parte*.

(3) [Mainlevée] La société donne mainlevée de la saisie après paiement des sommes dues, contre remise d'une sûreté — cautionnement ou autre garantie qu'elle juge satisfaisante — équivalente aux sommes dues ou si la juridiction lui ordonne de le faire.

L'article 9 de la *LCA*, sur lequel sont fondés les recours en saisie et rétention des administrations aéroportuaires, comporte des dispositions similaires.

9. (1) [Saisie] À défaut de paiement des frais fixés par elle — frais généraux d'aérogare ou d'atterrissage ou toute redevance se rapportant à l'utilisation d'un aéroport, ainsi que les intérêts y afférents —, l'administration aéroportuaire désignée peut, en sus de tout autre recours visant leur recouvrement et indépendamment d'une décision judiciaire à cet égard, demander à la juridiction supérieure de la province où se trouve l'aéronef dont le défaillant est propriétaire ou utilisateur de rendre une ordonnance l'autorisant à saisir et à retenir l'aéronef, aux conditions que la juridiction estime nécessaires.

(2) [Demande sans préavis] Dans les mêmes circonstances, l'administration aéroportuaire désignée peut, si elle est en outre fondée à croire que le défaillant s'apprête à quitter le Canada ou à en retirer un aéronef dont il est propriétaire ou utilisateur, procéder à la même demande *ex parte*.

(3) [Mainlevée] Sauf ordonnance contraire de la juridiction, l'administration aéroportuaire désignée

a designated airport authority is not required to release from detention an aircraft seized under subsection (1) or (2) unless the amount in respect of which the seizure was made is paid.

(4) [Release on security] A designated airport authority shall release from detention an aircraft seized under subsection (1) or (2) if a bond, suretyship or other security in a form satisfactory to the authority for the amount in respect of which the aircraft was seized is deposited with the authority.

(5) [Same meaning] Words and expressions used in this section and section 10 have the same meaning as in the *Aeronautics Act*.

n'est pas tenue de donner mainlevée de la saisie tant que les sommes dues n'ont pas été acquittées.

(4) [Sûretés] L'administration aéroportuaire désignée donne cependant mainlevée contre remise d'une sûreté — cautionnement ou autre garantie qu'elle juge satisfaisante — équivalente aux sommes dues.

(5) [Terminologie] Les termes du présent article et de l'article 10 s'entendent au sens de la *Loi sur l'aéronautique*.

According to these provisions, the airport authorities or NAV Canada (upon obtaining a court order) may take possession of an aircraft and detain it. The aircraft must be either "owned" or "operated" by a person who is liable to pay. Either is a sufficient basis for an application.

67 Selon ces dispositions, les administrations aéroportuaires ou NAV Canada peuvent (après obtention d'une ordonnance) prendre possession d'un aéronef et le retenir. Le défaillant doit être le « propriétaire » ou l'« utilisateur » de l'aéronef; l'une ou l'autre qualité suffit pour fonder le recours.

The key difference between the joint and several liability provisions in s. 55 of *CANSCA* and the detention remedy provided for in s. 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act* is that the seizure and detention remedy lies against the aircraft. Whereas s. 55 identifies a group of *persons* who are made legally liable for the amounts owing, the detention remedy has a different focus. It provides for a right to possess *aircraft* until the debt is paid or security provided.

68 La différence fondamentale entre les dispositions relatives à la solidarité à l'art. 55 de la *LCSNAC* et le recours en rétention prévu à l'art. 56 de la même Loi et à l'art. 9 de la *LCA* tient à ce que le recours à la saisie et à la rétention s'exerce sur l'aéronef. Alors que l'art. 55 indique un groupe de *personnes* tenues légalement responsables du paiement des redevances dues, le recours en rétention vise un autre objet. Il donne droit à la prise de possession de l'*aéronef* jusqu'au paiement de la dette ou au dépôt d'une sûreté.

The legal titleholders argue that the claim of NAV Canada and the airport authorities to detain the aircraft must yield to their right under their respective leases to repossession. They liken the seizure and detention remedies to a *Mareva* injunction, in which the assets are frozen while various parties work out their respective entitlements; see *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2. However, in my view, there is no need to resort to analogies, especially loose analogies (e.g. *Mareva* injunctions are interlocutory, whereas the detention remedy is available whether or not a judgment for the collection of the charge or amount has been obtained. Moreover, *Mareva* injunctions are directed at persons (*Aetna Financial Services*,

69 Les propriétaires en titre soutiennent que le droit à la reprise de possession qui leur est conféré par leurs baux respectifs a préséance sur le droit de NAV Canada et des administrations aéroportuaires de retenir les aéronefs. Ils comparent le recours en saisie et en rétention à l'injonction *Mareva* qui a pour effet d'immobiliser les biens pendant que les parties dénouent l'écheveau de leurs droits respectifs; voir *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2. J'estime toutefois qu'il est inutile de recourir à des analogies, et encore moins à des analogies vagues (p. ex. l'injonction *Mareva* est un recours interlocutoire, alors que le recours en rétention est exercé indépendamment d'une décision judiciaire. De plus, l'injonction *Mareva* vise

at pp. 25-26), whereas the seizure and detention remedy targets the aircraft itself).

70 The *CARs*, adopted pursuant to the *Aeronautics Act*, provide that an "operator" in respect of an aircraft "means the person that has possession of the aircraft as owner, lessee or otherwise" (s. 101.01(1)). At the dates of the applications for seizure and detention orders, Canada 3000 and Inter-Canadian were still the *registered* owners of the aircraft. Accordingly, if the Court is to read the words of the detention remedy in the context of the realities of this industry previously discussed, it seems to me that those remedies must be available against the aircraft of Canada 3000 (except any aircraft already repossessed by the titleholder prior to the *CCAA* application on November 8, 2001) and Inter-Canadian. (Once a titleholder reclaims possession, it becomes an operator in possession within s. 55(1) of *CANSCA*. However, as its possession post-dates the charges, no personal liability is incurred on that account.)

71 It is difficult to endorse the indignation of the legal titleholders with respect to detention of their aircraft until payment is made for debts due to the service providers. They are sophisticated corporate players well versed in the industry in which they have chosen to invest. The detention remedies do not affect their ultimate title. Investors who have done their due diligence will recognize that detention remedies have deep roots in the transport business. In *The Emilie Millon*, [1905] 2 K.B. 817 ("*Mersey Docks*"), for example, the English Court of Appeal examined a statute that stipulated that the Mersey Docks and Harbour Board could cause a ship to be detained until all harbour and tonnage payments had been made despite the fact that the ownership of the ship did not correspond to the debtor who had incurred the charges. The ruling in that case reflects the traditional scope of this type of remedy (at p. 821):

des personnes (*Aetna Financial Services*, p. 25-26) alors que le recours en saisie et en rétention vise l'aéronef lui-même).

Le *RAC* pris aux termes de la *Loi sur l'aéronautique* prévoit qu'un « utilisateur », dans le cas d'un aéronef, est « la personne qui a la possession de l'aéronef, notamment à titre de propriétaire ou de locataire » (par. 101.01(1)). Aux dates des demandes de saisie et des ordonnances de rétention, Canada 3000 et Inter-Canadien étaient encore les propriétaires *enregistrés* des aéronefs. Par conséquent, si la Cour doit examiner les termes prévoyant le recours en rétention dans le contexte de cette industrie, tel qu'exposé précédemment, il me semble que ces recours doivent pouvoir être exercés à l'égard des aéronefs de Canada 3000 (exception faite des aéronefs dont le propriétaire en titre avait déjà repris possession avant le 8 novembre 2001, date de la demande fondée sur la *LACC*) et de ceux d'Inter-Canadien. (Dès qu'un propriétaire en titre reprend possession d'un aéronef, il devient un usager qui en a la possession au sens du par. 55(1) de la *LCSNAC*. Cependant, comme sa possession est postérieure à l'imposition des redevances, il n'est pas tenu personnellement au paiement de ces redevances.)

Il est difficile d'accepter que les propriétaires en titre s'indignent que leurs aéronefs soient retenus jusqu'à l'acquittement des créances des fournisseurs de services. Il s'agit d'entreprises bien informées et bien au fait de l'industrie dans laquelle elles ont choisi d'investir. Les recours en rétention ne portent pas atteinte à leur titre de propriété. Les investisseurs ayant fait preuve de diligence raisonnable n'ignoreront pas que les recours en rétention s'exercent depuis longtemps dans l'industrie du transport. Dans l'arrêt *The Emilie Millon*, [1905] 2 K.B. 817 (« *Mersey Docks* »), par exemple, la Cour d'appel anglaise a examiné une loi permettant au Mersey Docks and Harbour Board de retenir un navire jusqu'au paiement des droits de port et de tonnage, bien que le débiteur de ces frais ne fût pas le propriétaire du navire. La décision rendue dans cette affaire rend compte de la portée traditionnelle des recours de ce genre (p. 821) :

The Mersey Docks and Harbour Board have a right by statute to detain the vessel until the dock tonnage rates and harbour rates are paid. That is an express statutory right, and the board have nothing to do with any sale of the vessel to a purchaser. That is a matter which only concerns those who are interested in the vessel. It does not concern the board. The board are entitled to detain the vessel, whoever is the owner, until the rates are paid. The order appealed against deprives them of that right, and without their consent purports to give them an option to try and make some claim to a lien upon or right against the fund in priority to other claimants. The board have no such lien or right. If this vessel had been allowed to leave the dock, the board would have been left to make a futile claim against the fund in court. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le Mersey Docks and Harbour Board est légalement autorisé à retenir le navire jusqu'à l'acquittement des droits de port et de tonnage. Il s'agit d'un droit expressément conféré par la loi, et le Board n'a rien à voir avec la vente du navire, qui ne concerne que ceux qui détiennent un intérêt sur ce navire. Le Board est étranger à cette mesure. Il a le droit de retenir le navire, quel qu'en soit le propriétaire, jusqu'à ce que les droits soient payés. L'ordonnance portée en appel le prive de ce droit et, sans qu'il y ait consenti, elle lui donne la possibilité de tenter de revendiquer un quelconque privilège ou droit lui permettant d'être payé par préférence aux autres sur le produit consigné de la vente. Le Board ne possède pas de tel privilège ou droit. Si le navire avait été autorisé à quitter le port, il ne serait plus resté au Board qu'à présenter au tribunal une réclamation futile sur le produit consigné de la vente. [Je souligne.]

This type of provision is not uncommon in the airline business, see, e.g., decisions under a differently worded U.K. Act such as *Channel Airways Ltd. v. Manchester Corp.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 456 (Q.B.), at p. 461, in which it was held that the *Manchester Corporation Act* "mean[t] what it sa[id]", and that the city could detain aircraft in respect of which charges had been incurred until those charges had been paid. The legal titleholders face this problem on the other side of the Atlantic. It is a risk they manage there. No reason was given as to why they cannot manage it here.

Une disposition de ce genre n'est pas inhabituelle dans le commerce du transport aérien, voir p. ex. les décisions rendues en application d'une loi du Royaume-Uni formulée différemment telles *Channel Airways Ltd. c. Manchester Corp.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 456 (Q.B.), p. 461, dans laquelle la Cour a déclaré que la *Manchester Corporation Act* [TRADUCTION] « dit ce qu'elle veut dire » et a statué que la ville pouvait retenir un aéronef jusqu'au paiement des redevances imposées à son égard. Les propriétaires en titre sont aux prises avec ce problème de l'autre côté de l'Atlantique. Là-bas, c'est un risque qu'ils gèrent. Ils n'ont pas indiqué pourquoi ils ne peuvent le gérer ici.

The legal titleholders are in a better position to protect themselves against this type of loss than are the airport authorities and NAV Canada. The legal titleholders can select which airlines they are prepared to deal with and negotiate appropriate security arrangements as part of their lease transactions with the airlines. In the case of the aircraft at issue in these appeals, many if not all of the leases provided for substantial security deposits. For example, the total amount posted by Canada 3000 to the ILFC as security deposits for airport fees and charges was approximately $15,305,500. It is unnecessary to catalogue all of the possible security arrangements, but these deposits demonstrate a legal titleholder's ability to negotiate protection at a time when the airline is solvent to cover the amounts in overdue charges that the airline may

72

Les propriétaires en titre peuvent mieux se protéger contre les pertes de ce genre que les administrations aéroportuaires ou NAV Canada. Ils sont en mesure de choisir les transporteurs aériens avec lesquels ils sont disposés à traiter et d'inclure des garanties acceptables dans les baux qu'ils négocient avec les transporteurs aériens. Dans le cas des aéronefs en cause dans ces appels, bon nombre des baux, sinon la totalité, prévoyaient des dépôts de garantie substantiels. Par exemple, le montant total du dépôt fourni par Canada 3000 pour protéger ILFC contre le non-paiement des redevances aéroportuaires s'élevait à environ 15 305 500 dollars. Il n'est pas nécessaire de dresser l'inventaire de toutes les formules de garantie possibles, mais ces dépôts démontrent que les propriétaires en titre peuvent négocier des mesures de protection avec

eventually be required to pay to the statutory service providers.

73 I agree with Cronk J.A. (at para. 133) that the detention remedy under the statutes is subject to several constraints: (i) the remedy is not automatic and requires prior court authorization; (ii) the remedy is discretionary and may be subject to such terms as the court considers necessary; (iii) under s. 9(3) of the *Airports Act* and s. 56(3)(*c*) of *CANSCA*, the court also has a discretion to limit the duration of the remedy by requiring the applicable authority to release a detained aircraft from detention prior to payment of the amount with respect to which the seizure was made; (iv) in any event, an authority that obtains an order under the detention provisions is required to release a detained aircraft upon payment of the outstanding amount or charges in respect of which the seizure was made or upon the provision of acceptable security therefor (ss. 9(3) and 9(4) of the *Airports Act* and ss. 56(1) and 56(3) of *CANSCA*); and (v) an order is not available under the detention provisions if the aircraft in respect of which the order is sought is exempt from seizure and detention under provincial law (s. 10(1) of the *Airports Act* and s. 57(1) of *CANSCA*) or, in the case of the *Airports Act*, under a regulation made by the Governor in Council (s. 10(2)).

74 On the other hand, the conclusion of Juriansz J., dissenting in part, was correct that "the wording of the Detention Provisions makes apparent that aircraft may be seized and detained without regard to the property interests of persons who are neither the registered owners nor the operators of the aircraft under the legislation. As long as the aircraft is owned or operated by a person liable to pay the outstanding charges, it may be the subject of an application to seize and detain it. The fact that there may be other persons, who are not liable to pay the outstanding charges but have property interests in the aircraft, is of no consequence" (para. 239).

les transporteurs aériens lorsque ceux-ci sont solvables afin de couvrir les montants des redevances en souffrance que le transporteur aérien peut éventuellement être requis de payer aux fournisseurs de services prévus par la loi.

Je suis d'accord avec la juge Cronk qui expose (au par. 133) les nombreuses restrictions applicables au recours en rétention prévu par la loi : (i) ce recours n'est pas automatique et doit être autorisé par la cour; (ii) il est discrétionnaire et le tribunal peut l'assujettir aux conditions qu'il estime nécessaires, (iii) aux termes des par. 9(3) de la *LCA* et 56(3) de la *LCSNAC*, le tribunal peut aussi limiter la durée de la saisie en ordonnant à l'administration en cause de donner mainlevée avant le paiement de la somme pour laquelle l'aéronef avait été saisi; (iv) en tout état de cause, une administration qui obtient une ordonnance autorisant la rétention est tenue de donner mainlevée sur paiement des sommes ou des redevances dues pour lesquelles la saisie a été pratiquée, ou contre remise d'une garantie satisfaisante (par. 9(3) et (4) de la *LCA* et 56(1) et (3) de la *LCSNAC*), et (v) une ordonnance de saisie ne peut être accordée si l'aéronef en cause est insaisissable en vertu du droit provincial (par. 10(1) de la *LCA* et 57(1) de la *LCSNAC*) ou, dans le cas de la *LCA*, si un règlement du gouverneur en conseil exempte l'aéronef de la saisie ou de la rétention (par. 10(2)).

Le juge Juriansz, dissident en partie, avait toutefois raison de conclure qu'il [TRADUCTION] « ressort clairement du libellé des dispositions relatives à la saisie et à la rétention qu'un aéronef peut être saisi et retenu sans égard aux droits de propriété des personnes qui ne sont ni propriétaires enregistrés ni utilisateurs de l'aéronef au sens des lois en cause. Tant que le débiteur des redevances en souffrance est propriétaire ou utilisateur de l'aéronef, une demande de saisie et de rétention de l'aéronef peut être présentée. Le fait que d'autres personnes, qui ne sont pas tenues de payer les redevances en souffrance, puissent avoir un droit de propriété sur l'aéronef n'entre pas en ligne de compte » (par. 239).

I turn, then, to a number of additional arguments raised on both sides which, in my view, with respect, unnecessarily complicate a straightforward task of statutory interpretation.

(1) Whether or Not a Lien Existed

In the Ontario case, there was considerable debate about whether the detention remedy created a lien. However, as the English Court of Appeal commented in *Mersey Docks*, there was no need for the port authority "to . . . make some claim to a lien" (p. 821). Nor is it necessary here. In this case, as in *Mersey Docks*, the remedy is purely a creature of statute. Whether or not a lien could be said to arise by operation of law is perhaps of theoretical interest but it has no practical bearing on the result in these appeals.

(2) Effect of the Bankruptcy Proceedings

The intervention of bankruptcy proceedings in both Quebec and Ontario created procedural complications. For present purposes, it is sufficient to note that the detention remedies in Quebec were applied for well before the assignment in bankruptcy. In Ontario, the detention remedies were applied for while the *CCAA* stay was in effect and Canada 3000 remained the registered owner of the aircraft in question. In neither case did the aircraft become part of the bankrupt estate (because ultimate ownership was in the legal titleholder). The aircraft were nevertheless legitimate targets of the detention remedies as they were still sitting on a Canadian airport tarmac and were still "owned or operated" (within the meaning of the relevant statutes) by the airlines at the relevant date.

(3) Resort to the *Civil Code of Québec*

In the Quebec Superior Court, Tremblay J. held that the seizure and detention provisions create a right similar to that found in arts. 1592 and 1593 of

J'aborde maintenant un certain nombre d'arguments soulevés de part et d'autre qui, à mon avis, compliquent inutilement un simple exercice d'interprétation des lois. 75

(1) L'existence d'un privilège

Les parties au litige ontarien ont beaucoup débattu la question de savoir si le recours en rétention créait un privilège. Cependant, comme la Cour d'appel anglaise l'a indiqué dans *Mersey Docks*, l'administration portuaire n'avait pas à [TRADUCTION] « revendiquer un quelconque privilège » (p. 821). Une telle revendication n'est pas nécessaire non plus en l'espèce. Comme dans l'affaire *Mersey Docks*, l'origine du recours en l'espèce est exclusivement législative. Bien que la question de savoir si un privilège a pu naître par l'effet de la loi puisse revêtir un intérêt théorique, elle n'a aucune incidence concrète sur l'issue des présents pourvois. 76

(2) L'effet des procédures de faillite

Les procédures de faillite tant au Québec qu'en Ontario ont engendré des complications procédurales. Pour les besoins de la présente espèce, il suffit de remarquer qu'au Québec, les recours en rétention ont été entamés bien avant la cession de faillite. En Ontario, les recours en rétention ont été entamés au cours de la période de suspension ordonnée en application de la *LACC*, et Canada 3000 est restée propriétaire enregistré des aéronefs en question. Dans ces deux cas, les aéronefs n'ont jamais fait partie de l'avoir de la faillie (parce que le titre de propriété appartenait aux propriétaires en titre). Néanmoins, les aéronefs pouvaient légitimement être visés par le recours en rétention puisqu'ils se trouvaient encore sur le tarmac d'un aéroport au Canada et que les transporteurs aériens en étaient encore « propriétaires ou usagers » (au sens des lois en cause) aux dates pertinentes. 77

(3) Le recours au *Code civil du Québec*

Le juge Tremblay de la Cour supérieure du Québec a statué que les dispositions relatives à la saisie et à la rétention créent un droit analogue à 78

the *Civil Code of Québec*. However, with respect, there is no need to make reference to provincial law or, more specifically, to the *Civil Code*, and to do so here is inappropriate. Section 56 of *CANSCA* and s. 9 of the *Airports Act* specifically state that the remedy is to be "in addition to any other remedy", which includes remedies under provincial law.

79 The *Aeronautics Act*, the *Airports Act* and *CANSCA* are federal statutes that create a unified aeronautics regime. Parliament endeavoured to create a comprehensive code applicable across the country and not to vary from one province to another. This uniformity is especially vital since aircraft are highly mobile and move easily across jurisdictions.

80 NAV Canada also relied on ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, to urge that s. 56 of *CANSCA* provides for a *civiliste* right of retention. However, neither section applies in this case. Section 8.1 states that

> if in interpreting an enactment it is necessary to refer to a province's rules, principles or concepts forming part of the law of property and civil rights, reference must be made to the rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied.

If it were *necessary* to resort to provincial law, then the provincial law to be used is that of the province in which the provision is being applied: *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68. Here, for reasons stated, resort to provincial law is not necessary.

81 Section 8.2 of the *Interpretation Act* states that

> when an enactment contains both civil law and common law terminology, or terminology that has a different meaning in the civil law and the common law, the civil law terminology or meaning is to be adopted in the Province of Quebec and the common

celui que prévoient les art. 1592 et 1593 du *Code civil du Québec*. À mon avis cependant, il n'est pas nécessaire de recourir au droit provincial ou, plus spécifiquement, au *Code civil*, et il est inopportun d'y recourir en l'espèce. L'article 56 de la *LCSNAC* et l'art. 9 de la *LCA* énoncent expressément que ce recours s'exerce « en sus de tout autre recours », ce qui comprend les recours prévus par le droit provincial.

La *Loi sur l'aéronautique*, la *LCA* et la *LCSNAC* sont des lois fédérales qui établissent un régime unifié en matière d'aéronautique. Le législateur a voulu constituer un code exhaustif qui soit applicable dans tout le pays de façon uniforme d'une province à l'autre. Cette uniformité est d'autant plus essentielle que l'extrême mobilité des aéronefs leur permet de passer facilement d'un territoire à l'autre.

NAV Canada a également invoqué les art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, au soutien de l'argument selon lequel l'art. 56 de la *LCSNAC* crée un droit de rétention civiliste. Toutefois, aucun de ces articles ne s'applique en l'espèce. L'article 8.1 prévoit ce qui suit :

> . . . s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut [. . .] avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte.

S'il est *nécessaire* d'avoir recours au droit provincial, c'est le droit de la province où la disposition est appliquée qui doit servir : *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68. En l'espèce, il n'est pas nécessaire, pour les motifs déjà exposés, de recourir au droit provincial.

L'article 8.2 de la *Loi d'interprétation* énonce notamment :

> . . . est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes

law terminology or meaning is to be adopted in the other provinces.

The issue here is not one of conflicting terminology. The language used in relation to the detention remedy is perfectly apt to make Parliament's intention clear bilingually and bijuridically. In short, resort to the *Civil Code* was neither necessary nor appropriate.

(4) Existence of a Power of Sale

The appellants argue that the existence of a seizure and detention implies (in their favour) a power of sale. No such power is contained in *CANSCA* or the *Airports Act*. Nor is it necessarily implied in the creation of a power to seize and detain. The only claim that the authorities have under federal aeronautics law is the claim to possession of the aircraft until their user charges are paid.

(5) Presumption Against Interference With Private Rights

The Ontario motions judge applied a narrow approach to the Detention Remedy on the basis that it invades what would otherwise be the proprietary rights of the legal titleholders. Reference was made to *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, where it was held that the legislation at issue in that case did not impose a charge in the nature of a lien because of the absence of clear and unambiguous language. However, only if a provision is ambiguous (in that after full consideration of the context, multiple interpretations of the words arise that are equally consistent with Parliamentary intent), is it permissible to resort to interpretive presumptions such as "strict construction". The applicable principle is not "strict construction" but s. 12 of the *Interpretation Act*, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects"; see *Bell ExpressVu*, at para. 28:

qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes.

82 Nous ne sommes pas en présence de termes contradictoires en l'espèce. Les termes employés relativement au recours en rétention sont tout à fait propres à exprimer clairement l'intention du législateur dans les deux langues et dans les deux systèmes de droit. Bref, il n'était ni nécessaire ni indiqué de recourir au *Code civil*.

(4) L'existence d'un pouvoir de faire vendre

83 Les appelantes soutiennent que la saisie et la rétention emportent (en leur faveur) un pouvoir de faire vendre. Ni la *LCSNAC* ni la *LCA* ne prévoient un tel pouvoir. Il ne découle pas non plus nécessairement de la création du pouvoir de saisir et retenir. Tout ce que les administrations peuvent revendiquer sous le régime du droit aéronautique fédéral, c'est la possession des aéronefs jusqu'à l'acquittement de leurs redevances.

(5) La présomption de non-atteinte aux droits privés

84 Le juge des requêtes saisi de l'affaire ontarienne a appliqué une démarche restrictive au recours en rétention parce que ce recours empiète sur ce qui serait autrement des droits de propriété des propriétaires en titre. Il a cité l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, dans lequel la Cour a statué qu'en raison de l'absence de texte clair et sans équivoque, les dispositions en cause n'imposaient pas un privilège. Toutefois, le recours à des présomptions comme le principe de « l'interprétation stricte » ne se justifie que si une disposition est ambiguë (au sens où, à l'issue d'un examen exhaustif du contexte, le libellé peut donner lieu à diverses interprétations également compatibles avec l'intention du législateur). Ce n'est pas le principe de « l'interprétation stricte » qui s'applique mais l'art. 12 de la *Loi d'interprétation* qui énonce que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet »; voir *Bell ExpressVu*, par. 28 :

Other principles of interpretation — such as the strict construction of penal statutes and the "*Charter* values" presumption — only receive application where there is ambiguity as to the meaning of a provision. (On strict construction, see: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115, *per* Dickson J. (as he then was); *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), at pp. 59-60; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, at p. 413; *R. v. Russell*, [2001] 2 S.C.R. 804, 2001 SCC 53, at para. 46. . . .)

In my view, there is no ambiguity in the statutory language creating the detention remedy and thus resort to "strict construction" is not called for.

(6) Limitation of Debts on an Aircraft by Aircraft Basis

85 The titleholders argue that it would be extremely unfair that one titleholder's aircraft, however recently leased, may ultimately be held hostage for all of the unpaid user charges of the airline that flew it. They contend that if (which they deny) the titleholders must pay charges in order to recover an aircraft, they should only be required to pay the charges incurred by the individual aircraft sought to be released, as opposed to the charges outstanding in relation to the whole fleet of the defaulting airline.

86 However, the statute says that an aircraft operated by the person liable to pay the amount can be seized and, absent further court order, need not be released until the entire amount owed by that *operator* has been paid. This point is made clearly by the release provisions in s. 9(3) of the *Airports Act* and s. 56(3) of *CANSCA*. The authorities must only release the aircraft if "the amount in respect of which the seizure was made is paid". Since s. 9(1) and s. 56(1) do not distinguish between the amounts accumulated by specific aircraft operated by a defaulting owner or operator, it seems clear that the amount in respect of which the seizure was made is the entire amount owed by that registered owner or operator.

D'autres principes d'interprétation — telles l'interprétation stricte des lois pénales et la présomption de respect des « valeurs de la *Charte* » — ne s'appliquent que si le sens d'une disposition est ambigu. (Voir, relativement à l'interprétation stricte : *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115, le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada); *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.), p. 59-60; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, p. 413, et *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, 2001 CSC 53, par. 46. . .)

Selon moi, les dispositions créant le recours en rétention ne sont aucunement ambiguës, et il n'y a donc pas lieu de recourir à « l'interprétation stricte ».

(6) Fractionnement de la dette aéronef par aéronef

Selon les propriétaires en titre, il serait extrêmement injuste qu'un aéronef puisse, quelle que soit la date, même récente, de sa location, être retenu comme gage du paiement de la totalité des redevances dues par le transporteur aérien qui l'a utilisé. Ils prétendent que si les propriétaires en titre doivent acquitter des redevances pour recouvrer un appareil (ce qu'ils contestent), ils ne devraient avoir à payer que les redevances imposées à l'égard de l'appareil pour lequel mainlevée est demandée, et non celles qui se rapportent à la flotte entière du transporteur en défaut.

Les textes de loi prévoient toutefois qu'un aéronef utilisé par le débiteur des redevances impayées peut être saisi et, en l'absence de nouvelle ordonnance judiciaire, peut être retenu jusqu'au paiement du montant total dû par cet *utilisateur*. C'est ce qu'indiquent clairement les dispositions relatives à la mainlevée aux par. 9(3) de la *LCA* et 56(3) de la *LCSNAC*. Les administrations ne sont pas tenues de donner mainlevée de la saisie des aéronefs « tant que les sommes dues n'ont pas été acquittées ». Puisque les par. 9(1) et 56(1) ne font pas de distinction en fonction des redevances accumulées à l'égard de chaque aéronef d'un propriétaire enregistré ou utilisateur défaillant, il semble clair que la dette à l'égard de laquelle la saisie a été pratiquée est le montant total dû par ce propriétaire ou utilisateur.

(7) Limitation of Seizure to Exclude Engines

Two of the respondents, RRPF Engine Leasing Ltd. and Flight Logistics Inc. (the "engine lessors"), leased to Canada 3000 the engines attached to two of the aircraft which, when seized, were airworthy. The engine lessors argue that they should be entitled to repossess their engines because seizure of the aircraft is not seizure of the engines. They cite Laskin J. (as he then was) in *Firestone Tire & Rubber Co. of Canada v. Industrial Acceptance Corp.*, [1971] S.C.R. 357, for the proposition that the doctrine of accession does not apply to a removable and identifiable object such as the engines.

In my view, the engines are part of the aircraft for present purposes. Engines and equipment such as onboard computers fall under the definition of "aeronautical product" in the *Aeronautics Act* (s. 3(1)). If the engines could be removed, third-party lessors could cannibalize any "aircraft propeller or aircraft appliance or part or the component parts of any of those things, including any computer system and software"; see *Aeronautics Act*, s. 3(1).

Firestone Tire is not of assistance here. In that case, a truck was repossessed under a conditional sales contract. The vendor in possession of the seized truck sought to retain the tires mounted on the truck as against the claim of the unpaid conditional seller of the tires. Laskin J. was concerned about the windfall one creditor might receive when repossessing the property of another unpaid creditor for which he "has given no value" (p. 359). Here, no beneficial interest is implicated. The engines are attached to the aircraft in respect of which charges were incurred and that are the subject of the detention. The Act does not envisage the dismantling of the aircraft (and thus of its value as a security) on the tarmac.

(7) Exclusion des moteurs

87 Deux des intimées, RRPF Engine Leasing Ltd. et Flight Logistics Inc. (les « locateurs de moteurs »), ont donné à bail à Canada 3000 les moteurs installés dans deux des aéronefs saisis, lesquels étaient en bon état de vol au moment de la saisie. Elles prétendent avoir droit de reprendre possession de leurs moteurs parce que la saisie d'aéronefs diffère de la saisie de moteurs. S'appuyant sur les motifs du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans *Firestone Tire & Rubber Co. of Canada c. Industrial Acceptance Corp.*, [1971] R.C.S. 357, elles font valoir que la doctrine de l'accession ne s'applique pas à un objet amovible et identifiable comme un moteur.

88 Selon moi, pour les besoins de la présente espèce, les moteurs sont des composantes des aéronefs. Les moteurs et les pièces d'équipement comme les ordinateurs de bord entrent dans la définition de « produits aéronautiques » énoncée dans la *Loi sur l'aéronautique* (par. 3(1)). Si les moteurs pouvaient être enlevés, les tiers locateurs pourraient aussi enlever « les hélices et appareillages d'aéronefs, ainsi que leurs pièces ou autres éléments constitutifs, y compris les matériels et logiciels informatiques »; voir *Loi sur l'aéronautique*, par. 3(1).

89 *Firestone Tire* n'est d'aucun secours en l'espèce. Cette affaire portait sur la reprise d'un camion aux termes d'un contrat de vente conditionnelle. Le vendeur en possession du véhicule opposait son droit de conserver les pneus installés sur le camion à la réclamation du vendeur conditionnel de ces pneus. Le juge Laskin a estimé injustifiable l'avantage inattendu dont aurait joui un créancier en prenant possession de choses appartenant à un autre créancier impayé sans avoir « donné [. . .] aucune contrepartie » (p. 359). En l'espèce, aucun intérêt bénéficiaire n'est en cause. Les moteurs sont fixés aux aéronefs à l'égard desquels des redevances ont été imposées et qui sont visés par la rétention. Les dispositions législatives n'envisagent pas le démontage des appareils sur le tarmac (et, par conséquent, le morcellement de leur valeur en tant que garantie).

(8) Effect of Sub-Leases

90 The respondents Ansett Worldwide Aviation, U.S.A. and MSA V leased three aircraft to Canada 3000, two of which, in turn, had been leased by those respondents from other persons under head leases. These sub-lessors stand in no better position than the legal titleholders, and the aircraft in which they have a leasehold interest were subject to seizure.

C. *The Important Role of the Motions Judge*

91 The detention remedy does not create any rights unless, and until, a court order is made authorizing the seizure and detention of an aircraft. Instead, the provisions create potential remedies, available at the discretion of the court and subject to such conditions as the court considers necessary, as Cronk J.A. noted, at para. 134.

92 Much of the potential unfairness which the titleholders envisage in the operation of the detention remedy can be addressed by the motions judge. Section 56(3)(*c*) of *CANSCA* states that NAV Canada must release the aircraft "if . . . an order of a court directs the Corporation to do so". Similarly, s. 9(3) of the *Airports Act* states that an airport authority need not release the aircraft until the charges are paid, "except where otherwise directed by an order of a court". Parliament has left the door open for the motions judge to work out an arrangement that is fair and reasonable to all concerned, provided that the object and purpose of the remedy (to ensure the unpaid user fees are paid) is fulfilled. It would be open to a judge on a detention remedy hearing to determine an allocation amongst the titleholders that reflected such factors as the number of seized aircraft, the amount of charges in relation to a particular aircraft or the short duration of an aircraft's life spent in the doomed fleet. The judge need not make each aircraft hostage for the full amount of the unpaid charges, provided the result is that the authority is paid in full. In this way, what may otherwise be portrayed as a draconian

(8) L'effet de la sous-location à bail

Les intimées Ansett Worldwide Aviation, U.S.A. et MSA V ont loué trois aéronefs à Canada 3000, et elles avaient elles-mêmes loué deux de ces appareils d'autres personnes aux termes de baux principaux. Elles ne sont pas en meilleure position, à titre de sous-locateurs, que les propriétaires en titre, et les aéronefs sur lesquels elles détiennent un intérêt à bail étaient visés par la saisie.

C. *L'importance du rôle du juge des requêtes*

Le recours en rétention ne crée pas de droits sauf si une ordonnance autorise la saisie et la rétention d'un aéronef, et à compter de cette ordonnance. Les dispositions législatives en cause prévoient plutôt un recours potentiel, soumis au pouvoir discrétionnaire du tribunal et subordonné aux conditions que le tribunal estime nécessaires, comme l'a signalé la juge Cronk au par. 134.

Le juge des requêtes peut examiner bon nombre des possibles effets injustes du recours en rétention qu'ont évoqués les propriétaires en titre. Le paragraphe 56(3) de la *LCSNAC* énonce que NAV Canada doit donner mainlevée de la saisie « si la juridiction lui ordonne de le faire ». De la même façon, le par. 9(3) de la *LCA* prévoit qu'une administration aéroportuaire n'est pas tenue de donner mainlevée de la saisie tant que les sommes dues n'ont pas été acquittées, « [s]auf ordonnance contraire de la juridiction ». Le législateur a donné au juge des requêtes la latitude nécessaire pour élaborer des solutions justes et raisonnables pour toutes les parties en cause, dans la mesure où elles sont compatibles avec la réalisation de l'objet et de l'esprit du recours (assurer le paiement des redevances dues). Il serait loisible au juge qui entend une demande de saisie et de rétention de procéder à une répartition entre propriétaires en titre qui tienne compte de facteurs comme le nombre d'aéronefs saisis, le montant des redevances afférentes à un appareil en particulier ou la courte période pendant laquelle un appareil a fait partie de la flotte du transporteur défaillant. Le juge n'a pas à retenir chaque aéronef en gage du paiement de la totalité des redevances dues pourvu que

remedy can be reduced to a fair and proportionate judicial response to the airline collapse.

D. *Interest*

The *Airports Act* explicitly authorizes the airport authorities to charge interest on the overdue amounts. Section 9(1) defines the amount on account of which the seizure was made as the "amount of any landing fees, general terminal fees or other charges related to the use of an airport, and interest thereon". While *CANSCA* makes no explicit mention of interest, ss. 32 to 35 lay out a broad authority for NAV Canada to set and charge its fees. A procedure has been established under s. 35(1)(*a*), whereby the Minister of Transport approves the charges imposed by NAV Canada. The Minister has approved a regulation imposing interest. Notice was provided to airline operators (although not the legal titleholders) and no judicial review of this regulation was sought.

The time value of money is universally accepted in ordinary commercial practice; see *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43. There is no reason for this principle to be excluded in the case of privatized aeronautics services, and it is not surprising that NAV Canada has been permitted to incorporate interest on unpaid charges into its charging scheme.

The question then turns to how long the interest can run. The airport authorities and NAV Canada have possession of the aircraft until the charge or amount in respect of which the seizure was made is paid. It seems to me that this debt must be understood in real terms and must include the time value of money.

Given the authority to charge interest, my view is that interest continues to run to the first of the

l'administration soit entièrement payée. Ainsi, une mesure qu'on pourrait autrement dépeindre comme draconienne peut devenir une réponse juste et mesurée à l'effondrement du transporteur aérien.

D. *Les intérêts*

93 La *LCA* autorise expressément les administrations aéroportuaires à exiger des intérêts sur les sommes en souffrance. Le paragraphe 9(1) définit la créance fondant la saisie comme les « frais généraux d'aérogare ou d'atterrissage ou toute redevance se rapportant à l'utilisation d'un aéroport, ainsi que les intérêts y afférents ». Bien que les intérêts ne soient pas explicitement mentionnés dans la *LCSNAC*, les art. 32 à 35 accordent à NAV Canada un pouvoir étendu de fixer et d'imposer des redevances. Suivant une procédure établie en application de l'al. 35(1)*a*) en vue de l'approbation, par le ministre des Transports, des redevances imposées par NAV Canada, le Ministre a approuvé un règlement imposant des intérêts. Les transporteurs aériens (mais non les propriétaires en titre) ont reçu avis du règlement, lequel n'a fait l'objet d'aucune demande de contrôle judiciaire.

94 En matière commerciale, la valeur temporelle de l'argent est universellement reconnue; voir *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43. Rien ne justifie d'écarter ce principe dans le cas des services aéronautiques privatisés, et il n'est pas surprenant que NAV Canada ait été autorisée à inclure dans sa tarification l'intérêt sur les redevances en souffrance.

95 Il s'agit donc alors de se demander pendant combien de temps les intérêts peuvent courir. Les administrations aéroportuaires et NAV Canada peuvent demeurer en possession des aéronefs tant que les redevances ou les sommes à l'égard desquelles la saisie a été pratiquée n'ont pas été acquittées. Il me semble que cette créance doit être envisagée dans son contexte et doit inclure la valeur temporelle de l'argent.

96 Vu l'existence du pouvoir d'exiger des intérêts, je suis d'avis que les intérêts courent jusqu'à la date

date of payment, the posting of security or bankruptcy. If interest were to stop accruing before payment has been made, then the airport authorities and NAV Canada would not recover the full amount owed to them in real terms. Once the owner, operator or titleholder has provided security, the interest stops accruing. The legal titleholder is then incurring the cost of the security and losing the time value of money. It should not have to pay twice. While a *CCAA* filing does not stop the accrual of interest, the unpaid charges remain an unsecured claim provable against the bankrupt airline. The claim does not accrue interest after the bankruptcy: ss. 121 and 122 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

97 A particular issue is raised in the Quebec appeals regarding proper notice of the interest charges. This is an issue to be dealt with by the motions judge when these matters are returned for further consideration and disposition.

V. Disposition*

98 For these reasons, I would allow the appeals and cross-appeals in part, as follows:

1. I would dismiss the appeals of NAV Canada seeking to hold the respondents liable in their personal/corporate capacity;

2. I would allow the appeals of NAV Canada and the airport authorities of the dismissal of their seizure and detention applications and remit those applications to the respective motions judges to be dealt with in accordance with these reasons;

3. I would set aside the orders requiring NAV Canada and the airport authorities to reim-

* The amendments to para. 98, issued on August 16, 2006, are included in these reasons.

du paiement des redevances, de la remise d'une sûreté ou de la faillite, selon celui de ces événements qui survient en premier. Si les intérêts cessaient de courir avant le paiement de la créance, les administrations aéroportuaires et NAV Canada ne recouvreraient pas le montant total réel qui leur est dû. La remise d'une sûreté par le propriétaire, l'utilisateur ou le propriétaire en titre met fin à l'accumulation des intérêts. Le propriétaire en titre supporte alors le coût de la sûreté et perd la valeur temporelle de l'argent ainsi engagé. Il ne devrait pas avoir à payer deux fois. Alors que le fait de se prévaloir de la *LACC* ne met pas fin à l'accumulation de l'intérêt, les redevances impayées restent une créance non garantie prouvable à l'égard du transporteur aérien failli. La réclamation n'accumule pas d'intérêts après la faillite : art. 121 et 122 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Les pourvois québécois soulèvent une question particulière concernant l'avis des frais d'intérêt qui doit être donné. Cette question sera examinée par le juge des requêtes lorsque ces affaires lui seront renvoyées pour qu'il en poursuive l'examen et qu'il rende une décision.

V. Décision*

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir en partie les pourvois et les pourvois incidents ainsi qu'il suit :

1. les pourvois de NAV Canada visant à faire reconnaître la responsabilité personnelle des intimées sont rejetés;

2. les pourvois formés par NAV Canada et les administrations aéroportuaires contre le rejet de leurs demandes de saisie et de rétention sont accueillis et ces demandes sont renvoyées aux juges des requêtes respectifs pour qu'ils les tranchent conformément aux présents motifs;

3. les ordonnances enjoignant NAV Canada et les administrations aéroportuaires de défrayer les

* Les modifications qui ont été apportées au par. 98 le 16 août 2006 sont incorporées dans les présents motifs.

burse the respondents for the aircraft detention costs;

4. I would allow the appeals of NAV Canada and the GTAA of the ruling that the engine lessors are entitled to repossess the leased engines;

5. Interest on overdue charges continues to run to the first of the date of payment, the posting of security or bankruptcy.

In other respects, the appeals and cross-appeals will be dismissed. Aéroports de Montréal, St. John's International Airport Authority Inc. and Charlottetown Airport Authority Inc. are entitled to their costs in the Quebec appeals. All other parties shall bear their own costs.

Appeals and cross-appeals allowed in part.

Solicitors for NAV Canada (30214): Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for Greater Toronto Airports Authority (30214): Osler Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority and St. John's International Airport Authority (30214): Ogilvy Renault, Toronto.

Solicitors for International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd. and U.S. Airways Inc. (30214): Torys, Toronto.

Solicitors for G.E. Capital Aviation Services Inc., as Agent and Manager for Polaris Holding

intimées des coûts afférents à la rétention des aéronefs sont annulées;

4. les pourvois formés par NAV Canada et la GTAA contre la décision portant que les locateurs de moteurs ont le droit de reprendre possession des moteurs loués sont accueillis;

5. les intérêts sur les sommes en souffrance courent jusqu'à la date du paiement des redevances, de la remise d'une sûreté ou de la faillite, selon celui de ces événements qui survient en premier.

Pour le reste, les pourvois et pourvois incidents seront rejetés. Aéroports de Montréal, St. John's International Airport Authority Inc. et Charlottetown Airport Authority Inc. ont droit à leurs dépens dans les pourvois québécois. Toutes les autres parties supporteront leurs propres dépens.

Pourvois et pourvois incidents accueillis en partie.

Procureurs de NAV Canada (30214) : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs de Greater Toronto Airports Authority (30214) : Osler Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de Winnipeg Airports Authority Inc., Halifax International Airport Authority, Edmonton Regional Airports Authority, Calgary Airport Authority, Aéroports de Montréal, Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, Vancouver International Airport Authority et St. John's International Airport Authority (30214) : Ogilvy Renault, Toronto.

Procureurs d'International Lease Finance Corporation, Hyr Här I Sverige Kommanditbolag, IAI X, Inc., Triton Aviation International LLC, Sierra Leasing Limited, ACG Acquisition XXV LLC, ILFC International Lease Finance Canada Ltd. et U.S. Airways Inc. (30214) : Torys, Toronto.

Procureurs de G.E. Capital Aviation Services Inc., en qualité de mandataire et gestionnaire de

Company and AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., and PALS I, Inc. (30214): Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., and MSA V (30214): Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for RRPF Engine Leasing Limited (30214): Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for Flight Logistics Inc. (30214): Morrison Brown Sosnovitch, Toronto.

Solicitors for C.I.T. Leasing Corporation and NBB-Royal Lease Partnership One (30214): Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for GATX/CL Air Leasing Cooperative Association (30214): Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for NAV Canada (30729, 30730, 30731, 30732): Lapointe Rosenstein, Montréal.

Solicitors for Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, St-John's International Airport Authority and Charlottetown Airport Authority Inc. (30731, 30732, 30742, 30749, 30750, 30751): Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for Aéroports de Montréal (30731, 30732, 30738, 30740, 30742): Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for Greater Toronto Airports Authority (30731, 30732, 30742, 30743, 30745): Osler Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional and ATR Marketing Inc. (30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750): Brouillette Charpentier Fortin, Montréal.

Solicitors for Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Canada Life Assurance Company and CCG Trust Corporation (30740, 30742, 30745, 30750,

Polaris Holding Company et AFT Trust-Sub I, Pegasus Aviation Inc., et PALS I, Inc. (30214) : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Procureurs d'Ansett Worldwide Aviation, U.S.A., et MSA V (30214) : Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de RRPF Engine Leasing Limited (30214) : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs de Flight Logistics Inc. (30214) : Morrison Brown Sosnovitch, Toronto.

Procureurs de C.I.T. Leasing Corporation et NBB-Royal Lease Partnership One (30214) : Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de GATX/CL Air Leasing Cooperative Association (30214) : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de NAV Canada (30729, 30730, 30731, 30732) : Lapointe Rosenstein, Montréal.

Procureurs d'Ottawa Macdonald-Cartier International Airport Authority, St-John's International Airport Authority et Charlottetown Airport Authority Inc. (30731, 30732, 30742, 30749, 30750, 30751) : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs d'Aéroports de Montréal (30731, 30732, 30738, 30740, 30742) : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs de Greater Toronto Airports Authority (30731, 30732, 30742, 30743, 30745) : Osler Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de Wilmington Trust Company, Wilmington Trust Corporation, Renaissance Leasing Corporation, Heather Leasing Corporation, G.I.E. Avions de transport régional et ATR Marketing Inc. (30729, 30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750) : Brouillette Charpentier Fortin, Montréal.

Procureurs de Newcourt Credit Group (Alberta) Inc., Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie et CCG Trust Corporation (30740, 30742,

30751): Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Solicitors for Canadian Imperial Bank of Commerce (30214): Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for Inter-Canadian (1991) Inc. and Ernst & Young Inc., in its capacity as trustee for the bankruptcy of Inter-Canadian (1991) Inc. (30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750, 30751): Kugler Kandestin, Montréal.

Solicitors for Greater London International Airport Authority and Saint John Airport Inc. (30742): Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for Canadian Regional Airlines Ltd. and Canadian Regional (1998) Ltd. (30742): Fraser Milner Casgrain, Montréal.

30745, 30750, 30751) : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Procureurs de Banque Canadienne Impériale de Commerce (30214) : Blake Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs d'Inter-Canadien (1991) Inc. et Ernst & Young Inc., en qualité de syndic à la faillite d'Inter-Canadien (1991) Inc. (30730, 30731, 30732, 30738, 30740, 30742, 30743, 30745, 30749, 30750, 30751) : Kugler Kandestin, Montréal.

Procureurs de Greater London International Airport Authority et Saint John Airport Inc. (30742) : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de Lignes aériennes Canadien régional Ltée et Canadian Regional (1998) Ltd. (30742) : Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Gary Leskun *Appellant*

v.

Sherry Jean Leskun *Respondent*

INDEXED AS: LESKUN *v.* LESKUN

Neutral citation: 2006 SCC 25.

File No.: 30548.

2006: February 15; 2006: June 21.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Family law — Divorce — Spousal support — Relevance of spousal misconduct — Husband's affair having emotionally devastating effect on wife — Wife unable to attain self-sufficiency — Whether Court of Appeal erred in taking into account spousal misconduct in determining entitlement to support — Whether husband's capital assets acquired after marital break-up to be considered in determining his ability to pay spousal support — Whether objective of promoting self-sufficiency constituting duty — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

The parties were married in 1978. After 20 years of marriage, during which the wife worked, financially contributed to her husband's continuing education, and bore his child, she was in short order afflicted with a significant back injury and the elimination of her job. Soon after, her husband told her that he wanted a divorce to marry another woman. The parties divorced in 1999. At trial, the wife was found to be entitled to support and was granted $2,250 per month "until Sherry Leskun returns to full employment, when both entitlement and quantum will be reviewed". In 2003, an application by the husband to discontinue support payments on the basis that he was now unemployed and in financial difficulty was denied. The chambers judge found that the wife was not self-sufficient and remained in need of spousal support. The Court of Appeal affirmed the ruling. A majority of the court indicated that the *Divorce Act* did not prevent consideration of a failure to achieve self-sufficiency as being the result, at least in part, of the emotional devastation caused by the other

Gary Leskun *Appelant*

c.

Sherry Jean Leskun *Intimée*

RÉPERTORIÉ : LESKUN *c.* LESKUN

Référence neutre : 2006 CSC 25.

N° du greffe : 30548.

2006 : 15 février; 2006 : 21 juin.

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

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

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire pour le conjoint — Pertinence des fautes de l'époux — Liaison du mari ayant causé l'effondrement émotionnel de l'épouse — Incapacité de cette dernière d'acquérir son indépendance — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de tenir compte des fautes de l'époux pour décider du droit à une pension alimentaire? — Pouvait-elle tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de payer une pension alimentaire? — L'objectif de l'indépendance se double-t-il d'une obligation de l'acquérir? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2.

Les parties se sont mariées en 1978. Après 20 ans de mariage pendant lesquels elle avait travaillé, contribué financièrement à la formation continue de son mari et porté son enfant, l'épouse a, dans un bref intervalle, subi une grave blessure au dos et perdu son emploi. Peu après, son mari lui a annoncé qu'il voulait divorcer pour épouser une autre femme. Le divorce a été prononcé en 1999. Le juge de première instance a estimé que l'épouse avait droit à une aide et lui a accordé une pension alimentaire de 2 250 $ par mois « jusqu'à ce que Sherry Leskun occupe un emploi à temps plein, après quoi il y aura révision du droit à la pension et du montant de celle-ci ». En 2003, la demande d'annulation de la pension alimentaire au motif que le mari était sans emploi et avait des difficultés financières a été rejetée. La juge en chambre a conclu que l'épouse n'avait pas acquis son indépendance et avait toujours besoin d'une pension alimentaire. La Cour d'appel a confirmé la décision. Les juges majoritaires ont estimé que la *Loi sur le divorce* n'empêchait pas le tribunal de considérer

spouse's misconduct. There were also a number of other factors unrelated to misconduct, including the wife's age at the time of the marriage break-up and her health problems, which led the court unanimously to uphold the support order.

Held: The appeal should be dismissed.

The 1985 *Divorce Act* eliminates misconduct, as such, as a relevant consideration when making an award for spousal support. Section 15.2(5) provides that in making an interim or final order for spousal support, "the court shall not take into consideration any misconduct of a spouse in relation to the marriage". In addition, s. 17(6) instructs the court not to consider in a variation application any conduct that could not be considered in the making of the initial order. These provisions make it clear that misconduct should not creep back into the court's deliberation as a relevant "condition" or "other circumstance" which the court is to consider under s. 15.2(4) in making or varying a spousal support order. There is, of course, a distinction between the emotional consequences of misconduct and the misconduct itself. Those consequences are not rendered irrelevant because of their genesis in the other spouse's misconduct. On the contrary, they can be highly relevant to factors, such as a claimant spouse's capacity to be self-sufficient, which must be considered when making a spousal support order. Failure to achieve self-sufficiency is not a breach of "a duty". It is simply one factor amongst others to be taken into account when considering a spousal support order. [20-22] [27]

Here, the majority of the Court of Appeal wrongly suggested that a court can achieve indirectly what Parliament has said the court is not to do directly. While the needs and circumstances of the claimant spouse are relevant to a failure to achieve the objective of self-sufficiency, it is the attribution of fault to the other spouse that is deemed by Parliament to be irrelevant to the issue of spousal support in a regime designed to deal with the consequences of marital breakdowns on a no-fault basis. However, the Court of Appeal's decision dismissing the husband's application for a reduction in support payments should be affirmed on the basis of the other factors unrelated to misconduct. In addition, the narrowness of the wife's work experience, which was mentioned by the chambers judge in her ruling, underlines how difficult it is for someone now approaching 60 years of age to re-enter the labour force after a

que l'omission d'un époux d'acquérir son indépendance résultait, du moins en partie, de l'effondrement émotionnel causé par les fautes de l'autre époux. D'autres éléments étrangers à ces fautes, dont l'âge de l'épouse au moment de la rupture et ses problèmes de santé, ont amené la Cour d'appel à confirmer l'ordonnance alimentaire à l'unanimité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur le divorce* de 1985 a fait de la faute une considération non pertinente pour statuer sur une demande de pension alimentaire. Le paragraphe 15.2(5) prévoit qu'en rendant une ordonnance alimentaire provisoire ou définitive au profit d'un époux, « le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage ». De plus, le par. 17(6) dispose que le tribunal saisi d'une demande de modification ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance initiale. Il ressort de ces dispositions que la faute ne doit pas redevenir un volet de la « situation » que le tribunal peut prendre en considération suivant le par. 15.2(4) pour rendre une ordonnance alimentaire ou la modifier. Il existe évidemment une distinction entre les conséquences émotionnelles d'une faute et la faute elle-même. Ces conséquences ne perdent pas leur pertinence parce qu'elles ont pour origine la faute de l'autre époux. Elles peuvent au contraire présenter une grande pertinence en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour décider du droit à une pension, comme la capacité de l'époux requérant de devenir indépendant. L'omission d'acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à « une obligation ». Ce n'est qu'un élément parmi ceux que prend en compte le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un époux. [20-22] [27]

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont laissé entendre à tort qu'un tribunal pouvait faire indirectement ce que le législateur ne lui permettait pas de faire directement. Les besoins et la situation de l'époux requérant sont pertinents quant à l'omission d'atteindre l'objectif de l'indépendance, mais le législateur juge l'imputation d'une faute à l'autre époux non pertinente quant au droit à une pension alimentaire dans le cadre d'un régime visant à remédier aux conséquences de la rupture du mariage sans égard aux causes de celle-ci. Toutefois, la décision de la Cour d'appel de rejeter la demande de réduction de la pension alimentaire versée par le mari doit être confirmée sur le fondement des autres éléments étrangers à la faute. En outre, l'expérience de travail limitée de l'épouse constatée par la juge en chambre fait ressortir la difficulté de réintégrer le marché du travail après une longue absence pour une

lengthy absence and with few marketable skills outside the limits of her former job at a bank. [2-3] [24]

In determining the husband's ability to pay spousal support, the chambers judge did not err in taking into account his capital assets acquired after the marital break-up. The issue of "double dipping" did not arise because the capital assets at issue did not exist at the time of the division of capital at the initial trial. To say that capital assets cannot be considered would not reflect the true "means needs and other circumstances" of the parties as required by s. 15.2(4) of the *Divorce Act*. [29-32]

Insofar as possible, trial courts should resolve the controversies before them and make an order which is permanent subject only to change under s. 17 on proof of a change of circumstances. If the s. 15.2 court considers it essential (as here) to identify an issue for future review, the issue should be tightly delimited in the s. 15.2 order. In this case, the husband's application is properly characterized as a review application, not an application to vary, and it was not necessary for him to demonstrate a change in circumstances. However, whether his application is treated as having been brought under s. 15.2 of the *Divorce Act* (which would be more favourable to the husband) or under s. 17 makes no difference to the outcome in the case. His application does not rise or fall on the issue of onus. It fails on the facts. [39] [41-42]

Cases Cited

Referred to: *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43; *Cunha v. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93; *Choquette v. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Schmidt v. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113; *Keller v. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15.2, 17.
Divorce Act, S.C. 1967-68, c. 24, s. 11.

Authors Cited

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

personne approchant aujourd'hui la soixantaine et ne possédant que peu de compétences recherchées, hormis celles liées à son ancien emploi dans une banque. [2-3] [24]

La juge en chambre n'a pas eu tort de tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de verser une pension alimentaire. La question de la « double ponction » ne se posait pas, car cet actif immobilisé n'existait pas lors de la répartition initiale des biens. Faire fi de l'actif immobilisé ne permettrait pas de circonscrire les « ressources, [l]es besoins et, d'une façon générale, [. . .] la situation » véritables des parties comme l'exige le par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. [29-32]

Dans la mesure du possible, le tribunal de première instance doit résoudre les différends dont il est saisi et rendre une ordonnance définitive ne pouvant faire l'objet d'une modification que selon l'art. 17 moyennant la preuve d'un changement de situation. Lorsque, comme en l'espèce, le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance fondée sur l'art. 15.2 juge essentiel de déterminer une question qui fera ultérieurement l'objet d'une révision, il doit le faire très précisément dans l'ordonnance qu'il rend. Dans la présente affaire, la demande du mari a été considérée à juste titre comme une demande de révision, et non de modification, et un changement de situation n'avait pas à être établi. Cependant, que la demande soit fondée sur l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* (plus favorable au mari) ou sur l'art. 17 ne change rien au résultat. Son sort ne dépend pas du fardeau de la preuve. Son rejet est imputable aux faits. [39] [41-42]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43; *Cunha c. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93; *Choquette c. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Schmidt c. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113; *Keller c. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL).

Lois et règlements cités

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2, 17.
Loi sur le divorce, S.C. 1967-68, ch. 24, art. 11.

Doctrine citée

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Canadian Family Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Newbury and Hall JJ.A.) (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 244 D.L.R. (4th) 612, 7 R.F.L. (6th) 110, [2004] B.C.J. No. 1597 (QL), 2004 BCCA 422, affirming the order of Morrison J., 2003 CarswellBC 3564. Appeal dismissed.

Lorne N. MacLean, Alison M. Ouellet, Shawna L. Specht and *Shelagh M. Kinney*, for the appellant.

Sherry Jean Leskun, on her own behalf.

Colin A. Millar, as *amicus curiae*.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — This appeal comes to us largely on the strength of a statement in the majority judgment of the British Columbia Court of Appeal that while a court dealing with spousal support under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), is directed not to take into account "any misconduct of a spouse in relation to the marriage" (s. 15.2(5)), it is nevertheless appropriate to take into account the fact the failure to achieve self-sufficiency resulted "at least in part from the emotional devastation of misconduct by the other spouse": (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422, at para. 56. Southin J.A. described the respondent wife (who is self-represented) as

> bitter to the point of obsession with his misconduct and in consequence [she] has been unable to make a new life. Her life is this litigation. [para. 54]

The misconduct consists essentially in the facts that after 20 years of marriage, during which the wife worked, and financially contributed to her husband's continuing education, and bore his child, she was in short order afflicted with a significant back injury and the elimination of her job, and was soon after abandoned by the appellant husband, who announced that he wanted a divorce to marry someone else and live in Chicago. He had, his

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Newbury et Hall) (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 244 D.L.R. (4th) 612, 7 R.F.L. (6th) 110, [2004] B.C.J. No. 1597 (QL), 2004 BCCA 422, qui a confirmé une ordonnance de la juge Morrison, 2003 CarswellBC 3564. Pourvoi rejeté.

Lorne N. MacLean, Alison M. Ouellet, Shawna L. Specht et *Shelagh M. Kinney*, pour l'appelant.

Sherry Jean Leskun, en personne.

Colin A. Millar, en qualité d'*amicus curiae*.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi découle en grande partie des propos des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon lesquels, même si le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un époux sur le fondement de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), ne doit pas tenir compte « des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage » (par. 15.2(5)), il est néanmoins indiqué de prendre en considération le fait que l'omission d'un époux d'acquérir son indépendance a résulté, [TRADUCTION] « du moins en partie, de l'effondrement émotionnel causé par les fautes de l'autre époux » : (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422, par. 56. Voici comment la juge Southin, de la Cour d'appel, a décrit l'épouse intimée (non représentée par avocat) :

> [TRADUCTION] amère au point d'être obsédée par les fautes [de son ex-époux], de sorte qu'elle n'a pu refaire sa vie. Sa vie se résume au présent litige. [par. 54]

Essentiellement, la faute de l'époux appelant tient à ce que, après 20 ans de mariage pendant lesquels l'épouse intimée avait travaillé, contribué financièrement à la formation continue de son époux et porté son enfant, puis, dans un bref intervalle, subi une grave blessure au dos et perdu son emploi, il l'a abandonnée peu après, lui annonçant qu'il voulait divorcer pour épouser une autre femme et vivre à Chicago. Comme l'a reconnu l'avocat de l'époux

counsel acknowledged, been "carrying on behind his wife's back", for some time.

2 I agree with the appellant and with the concurring opinion of Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal that the majority judgment wrongly suggests that a court can achieve indirectly what Parliament has said the court is not to do directly. The needs and circumstances of the claimant spouse will of course be relevant to a failure to achieve the objective of self-sufficiency. It is the attribution of fault to the other spouse that is deemed by Parliament to be irrelevant to the issue of spousal support in a regime designed to deal with the consequences of marital breakdowns on a no-fault basis.

3 However, there were a number of other factors, unrelated to the observations about misconduct, that led the Court of Appeal unanimously to dismiss the appellant husband's claim for a reduction in support payments. The judgment under appeal can and should be sustained on that basis. I would therefore dismiss the appeal.

I. Facts

4 The parties were married in 1978. They had one daughter who has a child. Both the daughter and the grandchild reside with the respondent wife, who is currently 59 years old. She and the appellant husband, who is about ten years younger, met while both were working at the Toronto-Dominion Bank. The respondent had two children from her first marriage. The appellant helped to raise them. The respondent continued to work at the bank for most of the marriage except for interruptions from time to time to help the appellant advance his education. He obtained an MBA from the University of Western Ontario and worked towards qualification as a Certified General Accountant. These educational qualifications substantially boosted his income earning capacity. To meet the family's needs while the appellant was studying, the respondent cashed in her RRSPs and obtained the return of her pension contributions, both of which in the long run contributed to her present financial problems.

appelant, son client [TRADUCTION] « agissait dans le dos de son épouse » depuis un certain temps.

Je partage l'avis de l'appelant et l'opinion concordante de la juge Newbury, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, selon lesquels le jugement majoritaire laisse entendre à tort qu'un tribunal peut faire indirectement ce que le législateur ne lui permet pas de faire directement. Les besoins et la situation de l'époux requérant sont certes pertinents quant à l'omission d'atteindre l'objectif de l'indépendance. C'est l'imputation d'une faute à l'autre époux que le législateur juge non pertinente quant au droit à une pension alimentaire dans le cadre d'un régime visant à remédier aux conséquences de la rupture du mariage sans égard aux causes de celle-ci.

Toutefois, d'autres éléments, étrangers aux remarques sur la faute, ont amené la Cour d'appel à rejeter à l'unanimité la demande de réduction de la pension alimentaire versée par l'époux appelant. Le jugement frappé d'appel peut et doit être confirmé sur cette base. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

Les parties se sont mariées en 1978. Ils ont eu une fille qui, aujourd'hui, a un enfant. La fille et la petite-fille vivent toutes deux avec l'épouse intimée, actuellement âgée de 59 ans. L'épouse intimée et l'époux appelant, qui a environ dix ans de moins qu'elle, se sont connus au travail, à la Banque Toronto-Dominion. L'intimée avait deux enfants nés d'un premier mariage. L'appelant l'a aidée à les élever. L'intimée a continué de travailler à la banque pendant la plus grande partie du mariage, sauf lors de certaines périodes afin d'aider l'appelant à parfaire sa formation. Ce dernier a obtenu un MBA de l'Université de Western Ontario, puis franchi les étapes pour devenir comptable général licencié, ce qui a considérablement accru sa capacité de gain. Pour subvenir aux besoins de la famille pendant les études de l'appelant, l'intimée a encaissé ses REER et obtenu le remboursement de ses cotisations de retraite, ce qui, à long terme, a contribué à ses difficultés financières actuelles.

In 1993, the appellant left the bank and joined Motorola, which in April 1998 moved him to Chicago as its local Director of Program Management. It was expected that the respondent would move to Chicago to join him. In September of that year, however, the appellant returned to Vancouver to inform her that he wanted a divorce, which was obtained in 1999. Pending resolution of a number of issues, the appellant agreed to pay the respondent $2,250 per month as interim support.

When the issue of permanent spousal support eventually went to trial, Collver J. was confronted with serious uncertainty about the wife's financial prospects: [2000] B.C.J. No. 1085 (QL), 2000 BCSC 1912. Firstly, as mentioned, the respondent had injured her back in 1995 (when she and the appellant were lifting a generator at their home). This required surgery. Her recovery was incomplete. Secondly, the month prior to the marital break-up, the respondent learned that her position at the TD Bank was about to be eliminated. Shortly thereafter she applied for long-term disability benefits arising out of her back injury. The benefits were granted but then discontinued in the fall of 1999. (Subsequent to the trial, the respondent received a severance award from the TD Bank of $83,000.)

In his decision, the trial judge held that the respondent had been disadvantaged by the marriage. The interruption in her career did not enhance her position at the bank and, as stated, she had cashed in her RRSPs and pension contributions to meet the family needs. Further, following the marital breakdown, the combined incomes of the appellant and his new wife enabled them to enjoy a standard of living that the respondent could not possibly maintain on her own. The respondent's ability to attain economic self-sufficiency was in some doubt. Collver J. held that she needed, and was entitled to, support until she had resolved outstanding issues with the TD Bank. He therefore ruled that: "Spousal support of $2,250 per month will continue until Sherry Leskun returns to full employment, when both entitlement and quantum will be reviewed" (para. 25b). However, the formal order

En 1993, l'appelant a quitté la banque pour se joindre à Motorola. En avril 1998, il a été muté à Chicago pour y occuper le poste de directeur régional de la gestion des programmes. L'intimée devait aller le rejoindre à Chicago et s'y installer, mais en septembre de la même année, l'appelant est rentré à Vancouver pour l'informer de son intention d'obtenir le divorce, lequel a été prononcé en 1999. Jusqu'au règlement d'un certain nombre de questions, l'appelant a convenu de verser à l'intimée une pension alimentaire provisoire de 2 250 $ par mois. 5

À l'audition de la demande de pension alimentaire permanente, l'avenir financier de l'épouse a laissé le juge Collver très perplexe : [2000] B.C.J. No. 1085 (QL), 2000 BCSC 1912. D'abord, je le répète, l'intimée s'était blessée au dos en 1995 (en soulevant une génératrice avec l'appelant à la maison). Elle avait dû subir une chirurgie et ne s'était jamais totalement rétablie. Ensuite, au cours du mois qui avait précédé la rupture, l'intimée avait appris que la Banque TD allait supprimer son poste. Peu de temps après, elle avait demandé puis obtenu des prestations d'invalidité de longue durée pour sa blessure au dos, mais leur versement avait cessé à l'automne 1999. (Après le procès, la Banque TD lui a versé une indemnité de départ de 83 000 $.) 6

Dans sa décision, le juge de première instance a conclu que l'intimée avait été désavantagée par le mariage. L'interruption de sa carrière avait nui à son avancement à la banque et, nous l'avons vu, elle avait encaissé ses REER et ses cotisations de retraite pour subvenir aux besoins de la famille. De plus, après la rupture, le revenu combiné de l'appelant et de sa nouvelle épouse leur avaient assuré un niveau de vie auquel l'intimée ne pouvait prétendre avec ses seules ressources. La capacité de l'intimée d'acquérir son indépendance financière demeurait incertaine. Le juge Collver a estimé que jusqu'au règlement des questions relatives à son avenir à la Banque TD, elle avait non seulement besoin d'aide, mais y avait droit. Il a donc ordonné que [TRADUCTION] « le versement d'une pension alimentaire de 2 250 $ par mois se poursuive jusqu'à ce que Sherry Leskun occupe un emploi à temps 7

issued over a year later did not put the condition so specifically and simply provided as follows:

The Plaintiff shall pay spousal support to the Defendant in the sum of $2,250.00 per month . . . until further Order of this Honourable Court, and the Plaintiff shall be at liberty to apply for an Order reviewing both entitlement to and quantum of spousal support. [Emphasis added; para. 2.]

8 In addition, the respondent received sole title to the couple's townhouse and its contents (subject to an existing line of credit). The RRSPs were equalized. The appellant's whole life insurance policy, the parties' boat, a loan owing by the respondent's son and certain of the parties' credit card debts were divided equally and the parties retained their separate pensions and CPP credits as their sole property.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, 2003 Carswell BC 3564

9 In May 2003, the appellant applied to discontinue support payments on the basis that he was now unemployed and in financial difficulty. However, the chambers judge concluded that the appellant had been less than forthright with the court about his financial circumstances and concluded that his lifestyle and investments showed a much better financial situation than that of the respondent. The appellant's argument that his economic prospects were no longer significantly better than his former wife's was "nonsense" (para. 17). In the view of Morrison J., the appellant had a significant earning capacity and he possessed assets of approximately US $761,800 (para. 15) equivalent at that time to about 1 million dollars Canadian.

10 The chambers judge found that the respondent was not self-sufficient and remained in need of spousal support. She noted that the respondent was still "consumed by bitterness over the end of

plein, après quoi il y aura révision du droit à la pension et du montant de celle-ci » (par. 25b). Or, l'ordonnance formelle rendue plus d'un an après n'était pas aussi précise et prévoyait simplement :

[TRADUCTION] Le demandeur versera à la défenderesse une pension alimentaire de 2 250 $ par mois [. . .] jusqu'à ce que la Cour rende une autre ordonnance, et le demandeur pourra saisir la Cour d'une demande de révision du droit à la pension et du montant de celle-ci. [Je souligne; par. 2.]

De plus, l'intimée est devenue l'unique propriétaire de la maison en rangée du couple et de son contenu (sous réserve de la prise en charge d'une marge de crédit). Les REER des parties ont été nivelés. La valeur totale de la police d'assurance-vie de l'appelant, le bateau des parties, le solde impayé d'un prêt contracté par le fils de l'intimée et certains soldes de cartes de crédit des parties ont été partagés également, les parties conservant la propriété exclusive des fonds versés à leurs régimes de retraite respectifs et au RPC.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, 2003 Carswell BC 3564

En mai 2003, l'appelant a demandé l'annulation de la pension alimentaire, alléguant qu'il était sans emploi et avait des difficultés financières. La juge en chambre a estimé que l'appelant n'avait pas été tout à fait franc au sujet de sa situation financière et que son train de vie et ses placements révélaient une situation financière bien meilleure que celle de l'intimée. Elle a jugé [TRADUCTION] « insensée » l'allégation de l'appelant selon laquelle son avenir financier ne s'annonçait guère plus brillant que celui de son ex-épouse (par. 17). Selon la juge Morrison, l'appelant avait une capacité de gain importante et possédait des biens d'une valeur approximative de 761 800 $ US (par. 15), ce qui équivalait alors à environ un million de dollars canadiens.

La juge en chambre a conclu que l'intimée n'avait pas acquis son indépendance et avait toujours besoin d'une pension alimentaire, ajoutant que [TRADUCTION] « la rupture, ainsi que ce qu'elle

her marriage and what she sees as the betrayal and duplicity of her former husband; and her inability to move on in the workforce is unfortunate" (para. 6). She "seems unable to find even part-time employment" (para. 7), having worked only in banking since the age of 17. She had to borrow money from friends.

The respondent was disadvantaged by the marriage and the disadvantage continued. Her lack of formal education, narrow work experience, age and health were also factors. While the respondent was at risk in putting reliance on the appellant, Morrison J. held that spousal support at the rate of $2,250 per month should continue. She also ordered the appellant to pay arrears.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422

(1) Southin J.A.

The court rejected the appellant's various grounds of appeal. Southin J.A. was unable to say that the chambers judge erred in her conclusions, including the respondent's inability to support herself and the appellant's ability to pay. As to the appellant's objection to having to use his capital to pay ongoing spousal maintenance, she ruled that capital is part of the "means" of each party that the *Divorce Act* requires be taken into account.

Southin J.A. noted that while there was agreement that the respondent was not self-sufficient, the chambers judge had made no findings as to why this was so, nor did the chambers judge express a view as to whether the respondent should have or *could* have become self-sufficient. In Southin J.A.'s view, the *Divorce Act* does not prevent consideration of a failure to achieve self-sufficiency as being the result, at least in part, of the emotional devastation caused by the other spouse's misconduct. Southin J.A. made clear that there

considère comme une trahison et une duplicité de la part de son ex-époux, nourrissent toujours une profonde amertume; il est malheureux qu'elle n'ait pu réintégrer le marché du travail » (par. 6). La juge a également fait observer qu'elle [TRADUCTION] « semblait incapable de trouver ne serait-ce qu'un emploi à temps partiel » (par. 7) car, depuis l'âge de 17 ans, elle n'avait travaillé que dans le secteur bancaire. En outre, l'intimée avait dû emprunter de l'argent à des amis.

11 L'intimée avait été et demeurait désavantagée par le mariage. Son manque d'instruction, son expérience de travail limitée, son âge et sa santé jouaient également. La juge Morrison a statué que même s'il était risqué pour l'intimée de se fier à l'appelant, le versement de la pension alimentaire de 2 250 $ par mois devait se poursuivre. Elle a également ordonné à l'appelant de payer l'arriéré.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 50, 2004 BCCA 422

(1) La juge Southin

12 La Cour d'appel a rejeté les différents motifs d'appel. La juge Southin n'a pas été en mesure d'affirmer que la juge en chambre avait tiré des conclusions erronées, notamment quant à l'incapacité de l'intimée de gagner sa vie et à la capacité de payer de l'appelant. Au refus de ce dernier d'affecter son actif immobilisé au versement de la pension alimentaire, elle a répondu que l'actif immobilisé fait partie des « ressources » de chacune des parties qui doivent être prises en compte suivant la *Loi sur le divorce*.

13 La juge Southin a fait observer que même si nul ne contestait que l'intimée n'était pas indépendante, la juge en chambre n'avait pas tiré de conclusion sur la raison d'être de cette situation, ni exprimé d'opinion quant à savoir si l'intimée aurait dû ou *pu* acquérir son indépendance. Selon elle, la *Loi sur le divorce* n'empêchait pas le tribunal de considérer que l'incapacité d'accéder à l'indépendance résultait, du moins en partie, de l'effondrement émotionnel causé par les fautes de l'autre époux. Elle a précisé que [TRADUCTION] « d'autres

were "further factors" supporting the ruling of the chambers judge, including the age of the respondent at the time of the break-up of the marriage, her health problems and unrelated family sorrows (para. 57). Southin J.A. was not prepared to hold that the respondent had conducted herself in such a manner as to be disentitled to support.

(2) Newbury J.A. (concurring)

14 Newbury J.A. also dismissed the appeal. She accepted that the respondent remained in need of support and was not self-sufficient. However, she held that the *Divorce Act*'s strictures against considering the misconduct of a spouse in relation to the marriage when considering support orders meant that "bitterness" cannot be an adequate reason for not achieving self-sufficiency (para. 62). Newbury J.A. felt that the respondent ought to have been employable at least on a part-time basis in the banking business. While the respondent had advised the court that she had sought employment unsuccessfully, she failed to file any evidence on this point. On the other hand, Newbury J.A. noted the respondent's age and family and medical difficulties which were exacerbated by the breakdown of the marriage. For those reasons, and not because of any misconduct-related devastation, she "reluctantly" upheld the support order (para. 63).

III. Analysis

15 The appellant says the Court of Appeal erred (i) in taking into account spousal misconduct in determining whether the respondent is entitled to spousal support; (ii) in failing to give meaningful effect to the respondent's "duty or obligation to pursue the goal of self-sufficiency"; (iii) in taking into account the appellant's capital in determining his ability to pay spousal support; and (iv) in apparently treating his application as a s. 17(1) *variation* of the original order, thus imposing on him a requirement to demonstrate changed circumstances, instead of a *review* pursuant to a condition set out in the s. 15.2 order, which imposes no such onus. The respondent, who as stated is self-represented, provided a

éléments » étayaient la conclusion de la juge en chambre, dont l'âge de l'intimée au moment de la rupture, ses problèmes de santé et d'autres épreuves familiales (par. 57). Elle n'était pas disposée à conclure que le comportement de l'intimée lui avait fait perdre le droit à une pension alimentaire.

(2) La juge Newbury (motifs concordants)

La juge Newbury a également rejeté l'appel. Elle a reconnu que l'intimée avait toujours besoin d'aide et n'avait pas acquis son indépendance. Elle a cependant conclu que vu l'interdiction faite par la *Loi sur le divorce* au tribunal saisi d'une demande de pension alimentaire de tenir compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage, [TRADUCTION] « l'amertume » (par. 62) ne pouvait constituer un motif valable de ne pas devenir indépendant. À son avis, l'intimée aurait dû au moins être en mesure de trouver un emploi à temps partiel dans le secteur bancaire. L'intimée avait dit avoir tenté en vain d'obtenir un emploi, mais elle n'avait offert aucun élément de preuve à l'appui. En revanche, la juge Newbury a pris acte de l'âge, ainsi que des problèmes familiaux et médicaux de l'intimée qu'avait exacerbés la rupture du mariage. Pour ces motifs, et non à cause de l'effondrement imputable à la faute de quiconque, elle a confirmé [TRADUCTION] « à regret » l'ordonnance alimentaire (par. 63).

III. Analyse

L'appelant fait valoir que la Cour d'appel a eu tort (i) de tenir compte des fautes de l'un des époux pour décider du droit de l'intimée à une pension alimentaire, (ii) de ne pas donner véritablement effet à [TRADUCTION] « l'obligation [de l'intimée] de chercher à atteindre l'indépendance », (iii) de prendre en considération son actif immobilisé pour déterminer sa capacité de payer la pension alimentaire et (iv) de sembler considérer qu'il demandait une ordonnance *modificative* au sens du par. 17(1), ce qui exigeait la preuve d'un changement de situation, et non la *révision*, suivant son libellé, de l'ordonnance fondée sur l'art. 15.2, ce qui n'exigeait pas une telle preuve. L'intimée, qui, je le rappelle,

scalding reply on each point. In this Court, we were greatly assisted by the *amicus curiae*. I propose to address the appellant's objections in order.

A. *Relevance of Spousal Misconduct*

The appellant objects that the majority decision of the Court of Appeal wrongly relied on his alleged misconduct to exonerate his former wife from the consequences of her failure to achieve economic self-sufficiency. The appellant did not challenge the finding that the respondent was not self-sufficient. His point is that in the five years that elapsed between the marital break-up and the hearing before Morrison J. she *ought* to have moved on emotionally and become self-sufficient financially.

There is some merit in his complaint that his self-represented wife failed to put on the record documentary support corroborating her alleged job hunting efforts or to file medical evidence to support a finding of continued inability to achieve self-sufficiency. She filed considerable documentary evidence on lesser matters. Nevertheless the chambers judge heard the respondent and after reading the record was satisfied on that point. The finding of fact was upheld on appeal.

Self-sufficiency is one of the goals set out in s. 15.2(6) of the *Divorce Act* which provides that spousal support orders should

(*a*) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;

(*b*) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above any obligation for the support of any child of the marriage;

(*c*) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(*d*) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

n'était pas représentée, a répliqué à chacune des allégations. Notre Cour a bénéficié grandement de l'aide apportée par l'*amicus curiae*. J'examinerai successivement ces motifs d'appel.

A. *La pertinence des fautes de l'époux*

16 L'appelant prétend que pour soustraire son ex-épouse aux conséquences de son omission de devenir indépendante financièrement, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tenu compte à tort des fautes qui lui étaient imputées. Il ne conteste pas que l'intimée n'est pas autonome. Il soutient plutôt qu'elle *aurait dû*, au cours des cinq années qui se sont écoulées entre leur rupture et l'audience devant la juge Morrison, tourner la page sur le plan émotionnel et devenir indépendante financièrement.

17 L'appelant n'a pas tort de relever l'omission de son épouse, non représentée, de verser au dossier des documents attestant sa recherche d'emploi ou une preuve médicale permettant de conclure qu'elle n'est toujours pas en mesure d'acquérir son indépendance. Elle a offert une preuve documentaire considérable sur des points bien moins importants. Pourtant, la juge en chambre a entendu l'intimée et, après avoir pris connaissance du dossier, elle s'est déclarée convaincue sur ce point. Cette conclusion de fait a été confirmée en appel.

18 L'indépendance est l'un des objectifs énoncés au par. 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, qui précise que l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un époux vise :

a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge;

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

19 In forceful submissions, counsel for the appellant says that the court should not encourage unemployment self-induced by a spouse's "scorched earth" policy and warns that if the court is to permit "a claim that a spous[e]'s adulterous conduct has left the non-offending spouse so bitter and emotionally traumatized as to be unable to return to work", the court will not only be "opening the floodgates" but create a "legal tsunami" of review or variation applications which would not only "be the return to fault in the *Divorce Act*" but lead to a "weakening, I guess, of the Canadian economy".

Dans une plaidoirie bien sentie, l'avocat de l'appelant affirme que les tribunaux ne doivent pas encourager le chômage volontaire dû à la politique [TRADUCTION] « de la terre brûlée » adoptée par l'un des époux et qu'en faisant droit [TRADUCTION] « comme en l'espèce à la prétention que l'adultère d'un époux a rendu l'autre amer et émotionnellement instable au point de ne plus pouvoir reprendre le travail », non seulement ils [TRADUCTION] « ouvriront les vannes », mais ils provoqueront un [TRADUCTION] « tsunami » de demandes de révision et de modification qui entraînera, outre [TRADUCTION] « le retour de la faute dans la *Loi sur le divorce*, [. . .] un affaiblissement de l'économie canadienne ».

20 I believe that stripped of the rhetoric, the appellant has a valid point of statutory interpretation. Prior to the 1985 Act, s. 11 of the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, directed the court to have "regard to the conduct of the parties and the condition, means and other circumstances of each of them" in exercising its discretion in making an award of spousal support. The 1985 Act sought to eliminate misconduct, as such, as a relevant consideration. Section 15.2(5) of the *Divorce Act* now provides that in making an interim or final order for spousal support, "the court shall not take into consideration any misconduct of a spouse in relation to the marriage". In addition, s. 17(6) instructs the court not to consider any conduct in a variation application that could not be considered in the making of the initial order. These provisions make it clear that misconduct should not creep back into the court's deliberation as a relevant "condition" or "other circumstance" which the court is to consider in making or varying a spousal support order (s. 15.2(4)). Misconduct, as such, is off the table as a relevant consideration.

Abstraction faite de la rhétorique, l'appelant n'a pas tort sur le plan de l'interprétation législative. Avant la loi de 1985, l'art. 11 de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, enjoignait au tribunal de tenir compte « de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent » dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une pension alimentaire. La loi de 1985 visait à faire de la faute une considération non pertinente. Le paragraphe 15.2(5) de la *Loi sur le divorce* prévoit maintenant qu'en rendant une ordonnance alimentaire provisoire ou définitive au profit d'un époux, « le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage ». De plus, le par. 17(6) dispose que le tribunal saisi d'une demande de modification ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance initiale. Il ressort de ces dispositions que la faute ne doit pas redevenir un volet de la « situation » dont le tribunal peut tenir compte pour rendre une ordonnance alimentaire ou la modifier (par. 15.2(4)). La faute n'est plus une considération pertinente.

21 There is, of course, a distinction between the emotional *consequences* of misconduct and the misconduct itself. The consequences are not rendered irrelevant because of their genesis in the other spouse's misconduct. If, for example, spousal abuse triggered a depression so serious as to make

Il existe évidemment une distinction entre les *conséquences* émotionnelles d'une faute et la faute elle-même. Les conséquences ne perdent pas leur pertinence parce qu'elles ont pour origine la faute de l'autre époux. Lorsque, par exemple, la violence conjugale a causé un état dépressif grave au point

a claimant spouse unemployable, the consequences of the misconduct would be highly relevant (as here) to the factors which must be considered in determining the right to support, its duration and its amount. The policy of the 1985 Act however, is to focus on the consequences of the spousal misconduct not the attribution of fault.

de rendre l'époux requérant inapte au travail, les conséquences de la faute sont particulièrement pertinentes (comme en l'espèce) en ce qui concerne les éléments à prendre en considération pour décider du droit à une pension, de la durée de son versement et de son montant. Or, l'objectif de la loi de 1985 était que l'accent soit mis sur les conséquences de la faute de l'époux, et non sur l'attribution d'une faute.

Section 15.2(4) states that in making a spousal support order

> the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including
>
> (*a*) the length of time the spouses cohabited;
>
> (*b*) the functions performed by each spouse during cohabitation; and
>
> (*c*) any order, agreement or arrangement relating to support of either spouse.

22 Le paragraphe 15.2(4) précise qu'en rendant une ordonnance alimentaire au profit d'un époux

> le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :
>
> *a*) la durée de la cohabitation des époux;
>
> *b*) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
>
> *c*) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

Certainly, the "condition . . . needs and other circumstances" includes the capacity of the respondent to be self-sufficient for whatever reason. Whether or not the claimed inability or incapacity of the claimant spouse is credible is for the trial judge to determine. It is not helpful to cast about to assign blame.

Certes, les « besoins et, d'une façon générale, [. . .] la situation » comprennent la capacité de l'intimée de devenir indépendante pour quelque raison. Il appartient au juge de première instance de décider si l'incapacité alléguée de l'époux requérant est plausible. Il ne sert à rien de chercher un coupable.

A break-up in the circumstances found here will perhaps inevitably precipitate a period of shock and emotional trauma for the jilted spouse, but Parliament has concluded that the attempt to get to the bottom of all the rights and wrongs that contributed to the break-up is likely impossible and in any event irrelevant to the task of sorting out the financial consequences. As to the "legal tsunami", I agree with the *amicus curiae* that for the most part parties will realize "that the only way out [of the financial difficulties consequent on the break-up] is if they pull themselves up by their own bootstraps".

23 Peut-être est-il inévitable, dans un cas comme celui considéré en l'espèce, qu'une rupture cause un choc et un traumatisme émotionnel à l'époux abandonné, mais le législateur a jugé qu'il était pour ainsi dire impossible de déterminer les causes de l'échec du mariage et que, de toute façon, cela n'était pas pertinent dans l'évaluation des conséquences financières. Pour ce qui est du « tsunami » de demandes appréhendé, je conviens avec l'*amicus curiae* que, dans la plupart des cas, les parties finissent par se rendre compte [TRADUCTION] « qu'elles seules peuvent venir à bout des difficultés financières découlant de la rupture ».

If the misconduct point were to be viewed in isolation, the appellant is correct, but the point cannot be viewed in isolation. The fact is that both the

24 Si l'argument relatif à la faute était considéré isolément, l'appelant aurait raison, mais il ne peut l'être. Le fait est que la juge en chambre et la juge

chambers judge and Newbury J.A., who differed from her colleagues on the relevance of the misconduct, cited numerous other factors (also referenced by the majority judgment) to reject the appellant's attempt to extricate himself from any further financial responsibility for his former wife. Newbury J.A. observed that

> Mrs. Leskun is now 57 years of age and her affidavit evidence points to various family difficulties and to her medical problems and those of her family. A court cannot ignore these difficulties, which have been exacerbated by the breakdown of the Leskuns' marriage. For this reason, and not because of any self-imposed disability, I would reluctantly uphold the order of the Court below and dismiss the appeal. [para. 63]

I agree. I would add the point made by the chambers judge about the narrowness of the respondent's work experience, and underline the difficulty of someone now approaching 60 years of age to reenter the labour force after a lengthy absence and with few marketable skills outside the limits of her former job at the bank, now eliminated.

B. *The Respondent's Alleged "Duty" to Become Self-Sufficient*

25 Counsel for the appellant framed his point in this way:

> The emotional states of the payor or recipient and their idiosyncrasies should be irrelevant to the duty to pursue self-sufficiency, in the absence of some objective clinical, medical or psychiatric evidence, obviously.
>
> The duty to be self-sufficient is inversely proportionate to the means of the payor. Persistence in unremunerative employment or unrealistic or unprotective career aspirations should not be countenanced.
>
> Self-induced reduction in income should not be encouraged or rewarded. And income levels prior to this self-induced reduction should be attributed.

26 Section 15.2(6)(*d*) of the *Divorce Act* provides that one of the *objectives* of the spousal support order is to, "in so far as practicable, promote the

Newbury, qui ne partageait pas l'opinion de ses collègues quant à l'incidence de la faute, ont toutes deux énuméré de nombreux autres motifs (également mentionnés dans le jugement majoritaire) de rejeter la demande de l'appelant d'être libéré de toute obligation financière ultérieure envers son ex-épouse. La juge Newbury a signalé :

> [TRADUCTION] M^me^ Leskun est maintenant âgée de 57 ans, et son affidavit fait état de différents problèmes familiaux ainsi que de ses problèmes de santé et de ceux de membres de sa famille. Le tribunal ne peut faire abstraction de ces difficultés, qui ont été aggravées par l'éclatement du couple. Pour ce motif, et non à cause d'une incapacité qu'elle s'imposerait elle-même, je suis d'avis, mais à regret, de confirmer l'ordonnance du tribunal inférieur et de rejeter l'appel. [par. 63]

Je partage cet avis. J'ajouterais l'expérience de travail limitée de l'intimée constatée par la juge en chambre, et j'insisterais sur la difficulté de réintégrer le marché du travail après une longue absence pour une personne approchant la soixantaine et ne possédant que peu de compétences recherchées, hormis celles liées à son ancien emploi à la banque, désormais aboli.

B. *L'« obligation » de l'intimée d'acquérir son indépendance*

Voici comment l'avocat de l'appelant a fait valoir son point de vue :

> [TRADUCTION] Sauf, évidemment, une preuve clinique, médicale ou psychiatrique objective, ni l'état émotionnel du débiteur ou du créancier ni leurs particularités ne devraient modifier l'obligation de tendre vers l'indépendance.
>
> L'obligation d'indépendance est inversement proportionnelle aux ressources du débiteur. La persistance dans un emploi non rémunérateur ou les aspirations professionnelles irréalistes ou aventureuses ne devraient pas être encouragées.
>
> La réduction volontaire du revenu ne devrait être ni favorisée ni récompensée. Et le niveau de revenu avant cette réduction volontaire devrait être celui pris en considération.

L'alinéa 15.2(6)*d*) de la *Loi sur le divorce* précise que l'un des *objectifs* de l'ordonnance alimentaire est de « favoriser, dans la mesure du possible,

economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time". This Court has rejected characterizing this objective as a duty, see *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, and *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at paras. 31-32, 35-36 and 43. The respondent advanced a number of reasons why, despite alleged efforts, she had been unable to return to the workforce. She was believed.

Failure to achieve self-sufficiency is not breach of "a duty" and is simply one factor amongst others to be taken into account. As stated in *Moge* and repeated in *Bracklow*:

> At the end of the day . . ., courts have an overriding discretion and the exercise of such discretion will depend on the particular facts of each case, having regard to the factors and objectives designated in the Act.
>
> (*Moge*, at p. 866; *Bracklow*, at para. 53)

Clearly where incapacity is alleged some independent evidence, including medical evidence would be highly desirable. But it is not essential. Newbury J.A. commented that

> [h]aving seen Mrs. Leskun, who appeared on her own behalf, I would have thought she was employable at least on a part-time basis in the banking industry. [para. 62]

The chambers judge approached the respondent's evidence with a measure of scepticism but at the end of the day she had to reach a conclusion on the evidence before her. She said the respondent's inability to move on was "unfortunate". It was not a breach of some alleged duty. It was a regrettable fact of life which could not be ignored in a contextual analysis of the position of *these* parties. I see no error in the treatment of this issue by the chambers judge.

C. *Whether the Appellant's Capital Ought to Have Been Taken Into Account in Determining His Ability to Pay*

There is no support in the case law or in logic for the proposition that the chambers judge was wrong

l'indépendance économique de chacun [des époux] dans un délai raisonnable ». Notre Cour a refusé d'y voir une obligation : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853, et *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 31, 32, 35, 36 et 43. L'intimée a donné un certain nombre de raisons pour lesquelles, malgré ses efforts, elle n'avait pas réussi à réintégrer le marché du travail, et le tribunal a ajouté foi à son témoignage.

27 L'omission d'acquérir son indépendance ne constitue pas un manquement à une « une obligation » et n'est qu'un élément parmi d'autres. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Moge*, puis dans l'arrêt *Bracklow* :

> En dernière analyse [. . .], les tribunaux conservent un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice dépendra des faits particuliers de l'espèce, eu égard aux facteurs et aux objectifs énoncés dans la Loi.
>
> (*Moge*, p. 866; *Bracklow*, par. 53)

28 Manifestement, il est très souhaitable que l'incapacité alléguée soit étayée par une preuve indépendante — médicale ou autre —, mais ce n'est pas essentiel. La juge Newbury a fait remarquer :

> [TRADUCTION] Après avoir observé M^me^ Leskun, qui défendait elle-même ses intérêts, je l'aurais crue au moins en mesure de décrocher un emploi à temps partiel dans le secteur bancaire. [par. 62]

La juge en chambre a considéré le témoignage de l'intimée avec un brin de scepticisme, mais, au bout du compte, elle a dû trancher à partir de la preuve offerte. Elle a dit qu'il était [TRADUCTION] « malheureux » que l'intimée ne puisse tourner la page. Il ne s'agissait pas d'un manquement à quelque obligation. Il s'agissait d'une réalité regrettable dont on ne pouvait faire abstraction dans l'analyse contextuelle de la situation de *ces* parties. La juge en chambre n'a pas commis d'erreur à cet égard.

C. *L'actif immobilisé de l'appelant pouvait-il être pris en considération pour évaluer sa capacité de payer?*

29 Ni la jurisprudence ni la logique ne permettent d'affirmer que la juge en chambre a eu tort de tenir

to take into account the appellant's capital assets acquired after the marital break-up. In *Strang v. Strang*, [1992] 2 S.C.R. 112, the Court stated that the traditional understanding of the word "means" includes, "all pecuniary resources, capital assets, income from employment or earning capacity, and other sources from which the person receives gains or benefits" (p. 119). J. D. Payne and M. A. Payne elaborate as follows:

> The word *means* includes all pecuniary resources, capital assets, income from employment or earning capacity, and any other source from which gains or benefits are received, together with, in certain circumstances, money that a person does not have in possession but that is available to such person. [Emphasis in original.]

(*Canadian Family Law* (2001), at p. 195)

30 The appellant says that there was a division of capital by Collver J. at the original trial and that it is unfair that his after-acquired capital should now be tapped to pay the respondent continuing support. The present case does not raise the "double dipping" issue mentioned in *Strang* and dealt with at length in relation to pension benefits in *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, 2001 SCC 43. In that case, Major J. described the problem in this 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 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. [para. 34]

31 The appellant's capital assets at issue here did not exist at the time of the initial division by Collver J. and no issue of "double dipping" arises. As Major J. put it in *Boston*, at para. 64 "the court should . . . focus on that portion of the payor's income and assets that have not been part of the equalization or division of matrimonial assets when the payee

compte de l'actif immobilisé acquis par l'appelant après la dissolution du mariage. Dans l'arrêt *Strang c. Strang*, [1992] 2 R.C.S. 112, notre Cour a dit que les « ressources » englobent traditionnellement « toutes les ressources pécuniaires, l'actif immobilisé, le revenu d'emploi ou la capacité de gagner sa vie et les autres sources desquelles la personne tire des gains ou des avantages » (p. 119). J. D. Payne et M. A. Payne précisent :

> [TRADUCTION] Les *ressources* comprennent les ressources pécuniaires, l'actif immobilisé, le revenu d'emploi ou la capacité de gagner sa vie et les autres sources dont sont tirés des gains ou des avantages, ainsi que, dans certaines circonstances, l'argent qu'une personne n'a pas en sa possession mais qui est à sa disposition. [En italique dans l'original.]

(*Canadian Family Law* (2001), p. 195)

L'appelant dit qu'à l'audience initiale, le juge Collver a réparti l'actif immobilisé et qu'il est inéquitable que l'actif immobilisé acquis postérieurement soit aujourd'hui affecté au paiement de la pension alimentaire. La présente affaire ne soulève pas la question de la « double ponction » mentionnée dans l'arrêt *Strang* et examinée en détail relativement à des prestations de retraite dans l'arrêt *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, 2001 CSC 43, où le juge Major a décrit le problème comme suit :

> . . . 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 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. [par. 34]

L'actif immobilisé de l'appelant considéré en l'espèce n'existait pas au moment de la répartition initiale par le juge Collver, et la question de la « double ponction » ne se pose pas. Comme l'a dit le juge Major dans l'arrêt *Boston*, « le tribunal devrait [. . .] s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas

spouse's continuing need for support is shown" (emphasis added).

If a court could not take into consideration after-acquired capital assets in considering a spousal support order it would create a potential injustice. A spouse could (as is alleged here) shield his or her true worth to avoid paying support, even though his or her financial situation is significantly better than that of the other spouse. In this case, for example, the appellant seems to have taken the income he earned working in Chicago and invested it into a bagel business. Morrison J. estimated that his investment in that business was worth as much as $230,000. To say this asset cannot be taken into consideration would not reflect the true "means, needs and other circumstances" of the parties as required by s. 15.2(4) of the *Divorce Act*.

The appellant also objects that the chambers judge erred in calculating his net worth, but on this point it is significant that the chambers judge commented that the appellant had been less than forthright in his evidence:

> . . . Mr. Leskun, with his CGA and MBA accreditations, is more than sophisticated in financial matters and frankly much more sophisticated in such matters than his former wife, although she has pointed out many instances where there appear to be contradictions in the financial information given over the months and years by her former husband.
>
> . . .
>
> I am drawing certain adverse conclusions with regard to [the appellant's] financial position, having read all of the material before me. [paras. 10 and 12]

In all of these circumstances, the appellant has a poor platform from which to launch an attack against the trial judge's conclusion regarding his assets and liabilities. As Fraser J. commented in *Cunha v. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93 (S.C.), at para. 9:

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 » (par. 64 (je souligne)).

S'il n'était pas permis au tribunal saisi d'une demande d'ordonnance alimentaire de tenir compte de l'actif immobilisé acquis postérieurement à la dissolution du mariage, il pourrait en résulter une injustice. Un époux pourrait (comme on l'allègue en l'espèce) minimiser son actif pour éviter de payer une pension même si sa situation financière est bien meilleure que celle de l'autre époux. Dans la présente affaire, par exemple, l'appelant semble avoir investi dans une entreprise de bagels le revenu gagné à Chicago. La juge Morrison a estimé cet investissement à près de 230 000 $. Faire fi de cet actif ne permettrait pas de circonscrire les « ressources, [l]es besoins et, d'une façon générale, [. . .] la situation » véritables des parties comme l'exige le par. 15.2(4) de la *Loi sur le divorce*. 32

L'appelant fait par ailleurs valoir que la juge en chambre a mal calculé la valeur nette de son actif. Or, la juge en chambre a signalé qu'il n'avait pas été tout à fait franc dans son témoignage : 33

> [TRADUCTION] . . . M. Leskun, comptable général licencié et titulaire d'un MBA, est plus qu'au fait des questions financières et, franchement, beaucoup plus que son ex-épouse, même si cette dernière a relevé de nombreuses contradictions apparentes dans les renseignements financiers qu'il avait fournis au fil des mois et des années.
>
> . . .
>
> Après avoir pris connaissance de tous les éléments, je tire certaines conclusions défavorables en ce qui concerne la situation financière [de l'appelant]. [par. 10 et 12]

Compte tenu de toutes ces circonstances, l'appelant est mal placé pour contester la conclusion de la juge de première instance concernant son actif et son passif. Comme l'a signalé le juge Fraser dans *Cunha c. Cunha* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 93 (C.S.), par. 9 : 34

Non-disclosure of assets is the cancer of matrimonial property litigation. It discourages settlement or promotes settlements which are inadequate. It increases the time and expense of litigation. The prolonged stress of unnecessary battle may lead weary and drained women simply to give up and walk away with only a share of the assets they know about, taking with them the bitter aftertaste of a reasonably-based suspicion that justice was not done.

[TRADUCTION] La dissimulation d'éléments d'actif est le fléau des litiges relatifs aux biens matrimoniaux. Elle fait obstacle au règlement ou favorise les transactions insatisfaisantes. Elle accroît la durée et le coût des litiges. Le stress prolongé causé par une bataille inutile peut amener une femme lasse et épuisée à simplement laisser tomber et se contenter d'une partie seulement de l'actif dont elle connaît l'existence, emportant avec elle l'impression désagréable mais légitime que justice n'a pas été rendue.

If problems of calculation exist the appellant is largely the author of his own difficulties. I would not interfere on that basis.

Si l'appelant est victime d'erreurs de calcul, il est dans une large mesure l'artisan de son propre malheur. Je suis d'avis de ne pas intervenir à ce chapitre.

D. *Was the Chambers Proceeding Properly Characterized as a "Review" or an Application to Vary?*

D. *La juge en chambre était-elle saisie d'une demande de « révision » ou de « modification »?*

35 The final issue is whether the courts below treated the appellant's application as a motion for review pursuant to s. 15.2 or an application to vary under s. 17 of the *Divorce Act*. The latter route, if taken, would have unfairly thrown on him the burden of establishing changed circumstances, as required by s. 17(4.1):

La dernière question qui se pose est de savoir si les tribunaux inférieurs ont considéré la demande de l'appelant comme une demande de révision suivant l'art. 15.2 de la *Loi sur le divorce* ou une demande de modification suivant l'art. 17. Dans ce dernier cas, l'appelant aurait été injustement tenu d'établir l'existence d'un changement de situation conformément au par. 17(4.1) :

(4.1) Before the court makes a variation order in respect of a spousal support order, the court shall satisfy itself that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order, and, in making the variation order, the court shall take that change into consideration.

(4.1) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux, le tribunal s'assure qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

The appellant says that his application was for a s. 15.2 "review" as explicitly contemplated in para. 2 of Collver J.'s formal order that "the Plaintiff shall be at liberty to apply for an Order reviewing both entitlement to and quantum of spousal support". As noted earlier, Collver J. had in mind that a review might properly occur once the uncertainties then surrounding the respondent's employment situation had been resolved.

L'appelant soutient que sa demande visait la « révision » de l'ordonnance suivant l'art. 15.2, comme le prévoyait expressément le deuxième paragraphe de l'ordonnance formelle du juge Collver : [TRADUCTION] « le demandeur pourra saisir la Cour d'une demande de révision du droit à la pension et du montant de celle-ci ». Je le répète, le juge Collver pensait qu'il pourrait y avoir révision une fois clarifiée la situation professionnelle de l'intimée.

36 Review orders under s. 15.2 have a useful but very limited role. As the *amicus curiae* pointed out, one

La révision fondée sur l'art. 15.2 est utile, mais sa portée est très limitée. Comme l'*amicus curiae*

or both parties at the time of trial may not, as yet, have the economic wherewithal even to commence recovering from the disadvantages arising from the marriage and its breakdown. Common examples are the need to establish a new residence, start a program of education, train or upgrade skills, or obtain employment. In such circumstances, judges may be tempted to attach to s. 15.2 orders a condition pursuant to s. 15.2(3) of the *Divorce Act*, that entitles one or other or both of the parties to return to court for a reconsideration of a specified aspect of the original order. This will properly occur when the judge does not think it appropriate that at the subsequent hearing one or other of the parties need show that a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred, as required by s. 17(4.1) of the *Divorce Act*.

l'a fait remarquer, il arrive qu'au procès l'une des parties, ou les deux, ne disposent pas encore des moyens financiers de même remédier peu à peu aux inconvénients découlant du mariage et de son échec. Il suffit de penser à la nécessité de trouver un nouveau lieu de résidence, d'entreprendre des études, d'acquérir une formation ou de se perfectionner, ou de se trouver un emploi. Le tribunal peut donc être tenté d'assortir l'ordonnance rendue en application de l'art. 15.2 de modalités fondées sur le par. 15.2(3) de la *Loi sur le divorce* permettant à l'une et à l'autre des parties de lui demander de réexaminer un aspect précis de l'ordonnance initiale. Le cas s'y prête bien lorsque le tribunal ne juge pas opportun d'exiger que l'une ou l'autre des parties établisse à une audience subséquente un changement dans leurs ressources, leurs besoins ou, d'une façon générale, leur situation conformément au par. 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*.

Review orders, where justified by genuine and material uncertainty at the time of the original trial, permit parties to bring a motion to alter support awards without having to demonstrate a material change in circumstances: *Choquette v. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384 (Ont. C.A.). Otherwise, as the *amicus curiae* fairly points out, the applicant may have his or her application dismissed on the basis that the circumstances at the time of the variation application were contemplated at the time of the original order and, therefore, that there had been no change in circumstances. The test for variation is a strict one: *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at pp. 688-90.

37 Lorsqu'elle est justifiée par une incertitude à la fois réelle et importante constatée à l'audience initiale, la révision permet aux parties de faire modifier une ordonnance alimentaire sans avoir à prouver un changement de situation important : *Choquette c. Choquette* (1998), 39 R.F.L. (4th) 384 (C.A. Ont.). Sinon, comme le signale à juste titre l'*amicus curiae*, le demandeur pourrait voir sa demande rejetée au motif que la situation existant au moment de la demande de modification avait été envisagée lors du prononcé de l'ordonnance initiale, de sorte qu'aucun changement de situation n'est survenu. Le critère applicable en matière de modification est strict : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 688-690.

Here the review order was justified by serious doubt at the time of trial as to the true financial situation and prospects of the wife and what level of support would actually be needed. See *Schmidt v. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113 (C.A.), at para. 9:

38 En l'espèce, la révision était justifiée par le fait qu'au procès, la situation et l'avenir financiers réels de l'épouse et le montant de l'aide dont elle aurait vraiment besoin ne pouvaient être déterminés. Voir l'arrêt *Schmidt c. Schmidt* (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 113 (C.A.), par. 9 :

[Review orders] are considered particularly useful in circumstances where there is some doubt as to whether spousal maintenance should be continued and, if so, in what amount. Rather than force the parties to go

[TRADUCTION] L'ordonnance de révision est particulièrement utile lorsque se pose la question de savoir si le versement de la pension alimentaire devrait se poursuivre et, dans l'affirmative, quel montant devrait être

through a variation proceeding with its strict threshold test of change in circumstances, the court provides that maintenance shall be reviewed.

At the date of the trial before Collver J., there were outstanding issues which the trial judge anticipated would be resolved in a relatively short time.

39 *Willick* and *Choquette* establish that a trial court should resist making temporary orders (or orders subject to "review") under s. 15.2. See also: *Keller v. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL) (S.C.J.). Insofar as possible, courts should resolve the controversies before them and make an order which is permanent subject only to change under s. 17 on proof of a change of circumstances. If the s. 15.2 court considers it essential (as here) to identify an issue for future review, the issue should be tightly delimited in the s. 15.2 order. This is because on a "review" nobody bears an onus to show changed circumstances. Failure to tightly circumscribe the issue will inevitably be seen by one or other of the parties as an invitation simply to reargue their case. That is what happened here. The more precise condition stated in the reasons of the trial judge was excessively broadened in the formal order. This resulted in a measure of avoidable confusion in the subsequent proceedings.

40 At trial, there was a real contingency that was incapable of immediate resolution. The respondent was off work and what the trial judge referred to as the "TD Bank dilemma" (para. 21) remained up in the air. It was not at all clear at trial what the wife's financial position would be in six months or a year's time. It was thought that she would either get a disability pension equivalent to her then $45,000 salary, or go back to work (with or without retraining). In the event she did neither. She left the bank with an $83,000 severance payment. The problem with the "review" order in this case therefore is not

versé. Plutôt que d'obliger les parties à recourir à la demande de modification et à satisfaire au critère strict du changement de situation, le tribunal prévoit la révision de l'ordonnance alimentaire.

Lors de l'audience initiale, le juge Collver a estimé que des questions demeuraient en suspens et qu'elles seraient réglées dans un délai relativement court.

Les arrêts *Willick* et *Choquette* établissent que le tribunal de première instance doit éviter de rendre une ordonnance temporaire (ou susceptible de « révision ») en application de l'art. 15.2. Voir aussi : *Keller c. Black*, [2000] O.J. No. 79 (QL) (C.S.J.). Dans la mesure du possible, il doit résoudre les différends dont il est saisi et rendre une ordonnance définitive ne pouvant faire l'objet d'une modification que selon l'art. 17 s'il est prouvé qu'un changement de situation est survenu. Lorsque, comme en l'espèce, le tribunal saisi d'une demande d'ordonnance fondée sur l'art. 15.2 juge essentiel de déterminer une question qui fera ultérieurement l'objet d'une révision, il doit le faire très précisément dans l'ordonnance qu'il rend. La raison en est que dans une instance de « révision », nul n'a à établir un changement de situation. L'omission de bien circonscrire la question sera inévitablement interprétée par l'une ou l'autre des parties comme une invitation à simplement présenter ses arguments de nouveau. C'est ce qui s'est produit dans la présente affaire. La condition précise énoncée dans les motifs du juge de première instance est devenue trop générale dans l'ordonnance formelle. D'où une certaine confusion qui aurait pu être évitée lors de l'instance subséquente.

Au procès, une inconnue ne pouvait être déterminée dans l'immédiat. L'intimée était sans travail et, pour reprendre l'expression employée par le juge de première instance, le [TRADUCTION] « dilemme relatif à la Banque TD » (par. 21) n'était pas encore résolu. On ne pouvait alors prévoir quelle serait la situation financière de l'épouse six mois ou un an plus tard. L'on s'attendait à ce qu'elle obtienne des prestations d'invalidité équivalant à son salaire de 45 000 $ d'alors ou retourne travailler (avec ou sans formation d'appoint). Or, ni l'une ni l'autre de ces possibilités ne s'est réalisée. Elle a quitté la

that the contingency did not justify it, but that the contingency referred to in the trial judge's reasons was not spelled out in the formal order and the lack of specification was taken by the appellant as an invitation to relitigate his case.

The appellant is correct that his application (though framed under both s. 15.2 and s. 17) is properly characterized as a review application. It was not necessary for him to demonstrate a change in circumstances. Nevertheless, while certain financial issues had been resolved between the time of Collver J.'s trial decision and the date of the application to Morrison J., the respondent's failure to become self-sufficient had not changed.

This procedural point seems not to have been taken in the courts below, and in any event was not explicitly addressed in their reasons. In my view, whether the application is treated as brought under s. 15.2 (more favourable to the appellant) or under s. 17 (less favourable) it makes no difference to the outcome. His application does not rise or fall on the issue of onus. It fails on the facts.

IV. Conclusion

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs, save and except that the respondent is entitled to be reimbursed for her actual out-of-pocket expenses incurred to respond to the appeal in this Court.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: MacLean Family Law Group, Vancouver.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Richards Buell Sutton, Vancouver.

banque avec une indemnité de départ de 83 000 $ en poche. Le problème de la « révision » en l'espèce ne tient donc pas à ce que l'inconnue ne la justifiait pas, mais au fait que celle mentionnée par le juge de première instance dans ses motifs n'a pas été reprise dans l'ordonnance formelle, ce que l'appelant a considéré comme une invitation à plaider sa cause de nouveau.

41 L'appelant a raison de dire que sa demande (bien qu'elle soit fondée tant sur l'art. 15.2 que sur l'art. 17) doit être considérée comme une demande de révision. Il n'avait pas à établir l'existence d'un changement de situation. Toutefois, s'il est vrai que certaines questions financières avaient été réglées entre la décision du juge Collver et la présentation de sa demande à la juge Morrison, l'incapacité de l'intimée d'acquérir son indépendance était demeurée la même.

42 Cet argument procédural ne semble pas avoir été présenté aux tribunaux inférieurs et, quoi qu'il en soit, il n'est pas abordé expressément dans leurs motifs. Selon moi, que la demande de l'appelant soit fondée sur l'art. 15.2 (qui lui est plus favorable) ou l'art. 17 (qui lui est moins favorable) ne change rien au résultat. Son sort ne dépend pas du fardeau de preuve. Son rejet est imputable aux faits.

IV. Conclusion

43 Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens, l'intimée ayant toutefois droit au remboursement des dépenses qu'elle a engagées pour contester l'appel interjeté devant notre Cour.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : MacLean Family Law Group, Vancouver.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Richards Buell Sutton, Vancouver.

Kim Thi Pham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PHAM

Neutral citation: 2006 SCC 26.

File No.: 31256.

2006: June 21.

Present: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Narcotics — Possession for purpose of trafficking — Constructive possession.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Blair J.A. and Kozak J. (*ad hoc*)) (2005), 77 O.R. (3d) 401, 204 O.A.C. 299, 203 C.C.C. (3d) 326, 36 C.R. (6th) 200, [2005] O.J. No. 5127 (QL), affirming the accused's conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Craig Parry, for the appellant.

James C. Martin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that this appeal should be dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal for Ontario.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Craig Parry, Kitchener.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Halifax.

Kim Thi Pham *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* PHAM

Référence neutre : 2006 CSC 26.

N° du greffe : 31256.

2006 : 21 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

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

Stupéfiants — Possession en vue d'en faire le trafic — Possession imputée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry, le juge Blair et le juge Kozak (*ad hoc*)) (2005), 77 O.R. (3d) 401, 204 O.A.C. 299, 203 C.C.C. (3d) 326, 36 C.R. (6th) 200, [2005] O.J. No. 5127 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic prononcée contre l'accusée. Pourvoi rejeté.

Craig Parry, pour l'appelante.

James C. Martin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que l'appel doit être rejeté pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Craig Parry, Kitchener.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

B.W.P. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Youth Criminal Defence Office and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

- and -

B.V.N. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, and Youth Criminal Defence Office *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

B.W.P. *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Youth Criminal Defence Office et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

- et -

B.V.N. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, Canadian Foundation for Children, Youth and the Law et Youth Criminal Defence Office *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* B.W.P.; R. *v.* B.V.N.

Neutral citation: 2006 SCC 27.

File Nos.: 30514, 30512.

2005: November 10; 2006: June 22.

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

RÉPERTORIÉ : R. *c.* B.W.P.; R. *c.* B.V.N.

Référence neutre : 2006 CSC 27.

N^os^ du greffe : 30514, 30512.

2005 : 10 novembre; 2006 : 22 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Young persons — Sentencing — Considerations — Whether general deterrence factor to

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

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

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération

be considered in sentencing young persons under Youth Criminal Justice Act — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 38.

Criminal law — Young persons — Sentencing — Considerations — Young person pleading guilty to manslaughter and sentenced under s. 42(2)(o) of Youth Criminal Justice Act — Whether s. 42(2)(o) requires sentencing judge to impose at least two-thirds of sentence in custody and one-third under supervision — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 42(2)(o).

B.W.P., a young person, killed a man during a fight and pled guilty to manslaughter. After reviewing the relevant provisions of the *Youth Criminal Justice Act* ("*YCJA*"), the sentencing judge held that general deterrence was no longer a principle of sentencing under the new *YCJA* regime. He also disagreed with the Crown's position that ss. 42(2)(*n*) and 42(2)(*o*) of the *YCJA* must be read in tandem so as to require the court to impose two-thirds of the sentence in custody and one-third under supervision. Rather, he took the view that s. 42(2)(*o*) gave him the discretion to determine the appropriate length of the custody and supervision portions of the sentence. He sentenced B.W.P. to a 15-month custody and supervision order. He directed that B.W.P. serve one day in open custody and the remainder of the 15 months under conditional supervision in the community. The Manitoba Court of Appeal affirmed the sentencing judge's decision.

B.V.N., also a young person, pled guilty to the offence of aggravated assault causing bodily harm and was sentenced under s. 42(2)(*n*) of the *YCJA* to nine-month custody and supervision order, with the custodial part of the order to be spent in closed custody. Both the sentencing judge and the British Columbia Court of Appeal concluded that general deterrence is one factor, albeit a minor one, in determining the appropriate sentence under the *YCJA*. The Court of Appeal noted that

— La dissuasion générale doit-elle être prise en considération dans la détermination de la peine à infliger à un adolescent en vertu de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 38.

Droit criminel — Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Adolescent ayant plaidé coupable à une infraction d'homicide involontaire condamné à une peine conformément à l'art. 42(2)o) de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents — L'article 42(2)o) oblige-t-il le juge chargé de la détermination de la peine à infliger une peine dont au moins les deux tiers devront être purgés sous garde, et l'autre tiers sous surveillance au sein de la collectivité? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 42(2)o).

B.W.P., un adolescent, a tué un homme durant une bagarre et il a plaidé coupable à une infraction d'homicide involontaire. Après avoir examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« *LSJPA* »), le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que la dissuasion générale n'est plus un principe applicable en matière de détermination de la peine sous le nouveau régime instauré par la *LSJPA*. En outre, il n'a pas retenu l'argument du ministère public selon lequel les al. 42(2)*n*) et *o*) de la *LSJPA* doivent être lus en corrélation et ont pour effet d'obliger le tribunal à infliger une peine dont les deux tiers devront être purgés sous garde, et l'autre tiers sous surveillance au sein de la collectivité. Il a plutôt estimé que l'al. 42(2)*o*) lui accordait le pouvoir discrétionnaire de fixer la durée souhaitable de la période de garde et de la période de surveillance de la peine. Il a prononcé contre B.W.P. une ordonnance de 15 mois de placement sous garde et de surveillance. Il a ordonné que B.W.P. purge une journée sous garde en milieu ouvert et qu'il passe le reste des 15 mois en liberté sous condition au sein de la collectivité. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé la décision du juge chargé de la détermination de la peine.

B.V.N., un autre adolescent, a plaidé coupable à une infraction de voies de fait graves causant des lésions corporelles et a été condamné conformément à l'al. 42(2)*n*) de la *LSJPA* à une période de neuf mois de placement sous garde et de surveillance, la partie de la peine consistant dans le placement sous garde devant être purgée en milieu fermé. Tant le juge chargé de la détermination de la peine que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que la dissuasion

this factor did not increase the sentence that would otherwise have been imposed.

Held: The appeals should be dismissed.

The *YCJA* introduced a new sentencing regime, and its wording can only support the conclusion that Parliament deliberately excluded general deterrence as a factor of youth sentencing. By virtue of s. 50(1) of the *YCJA*, the provisions of the *Criminal Code* on sentencing, save certain listed exceptions, do not apply to youth sentencing. Since s. 718(*b*) of the *Code*, which set out the adult deterrence sentencing principle, is not one of the exceptions mentioned in s. 50(1), this deliberate omission clearly indicates that Parliament chose not to incorporate that principle in the new youth sentencing regime. Furthermore, had Parliament intended to make deterrence part of the new regime, one would reasonably expect that it would be expressly included in the detailed purpose and principles set out in the statute. Yet the words "deter" and "deterrence" are nowhere to be found in the *YCJA*: the words do not appear in the "Declaration of Principle" under s. 3, in the "Purpose and Principles" listed under s. 38 or in the list of particular sanctions found in s. 42. This omission is also of considerable significance. Nor can general deterrence, or some equivalent concept, be implied from the wording of ss. 3 and 38. Rather, the focus throughout remains on the young person before the court. Since no basis can be found in the *YCJA* for imposing a harsher sanction than would otherwise be called for to deter others from committing crime, general deterrence is not a principle of youth sentencing under the new regime. The *YCJA* also does not speak of specific deterrence. Parliament has sought preferably to promote the long-term protection of the public by addressing the circumstances underlying the offending behaviour, by rehabilitating and reintegrating young persons into society and by holding young persons accountable through the imposition of meaningful sanctions related to the harm done. Undoubtedly, the sentence may have the effect of deterring the young person and others from committing crimes, but Parliament has not included deterrence as a basis for imposing a sanction under the *YCJA*. [4] [22-30] [39-40]

générale constitue un facteur, quoique mineur, dont il faut tenir compte pour déterminer la peine appropriée sous le régime de la *LSJPA*. La Cour d'appel a souligné que ce facteur n'a pas contribué à augmenter la peine qui aurait sans cela été imposée.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La *LSJPA* a instauré un nouveau régime de détermination de la peine et son libellé conduit inéluctablement à la conclusion que le législateur a délibérément exclu la dissuation générale comme facteur de détermination de la peine pour les adolescents. En vertu du par. 50(1) de la *LSJPA*, sous réserve de certaines exceptions énumérées, les dispositions du *Code criminel* en matière de détermination de la peine ne s'appliquent pas à l'égard des adolescents. L'alinéa 718*b*) du *Code*, qui énonce le principe selon lequel la dissuasion constitue un des objectifs du prononcé des peines pour adultes, ne fait pas partie des exceptions énumérées au par. 50(1). Cette omission délibérée indique clairement que le législateur a choisi de ne pas incorporer ce principe dans le nouveau régime de détermination de la peine pour les adolescents. En outre, si le législateur avait souhaité inclure la dissuasion dans le nouveau régime, il est naturel de penser que ce principe aurait été expressément mentionné dans les objectifs et principes détaillés énoncés dans la loi. Or, les termes « dissuader » et « dissuasion » ne figurent nulle part dans la *LSJPA* : ils ne sont employés ni dans la « Déclaration de principes » de l'art. 3, ni dans les « Objectif et principes » énoncés à l'art. 38, ni dans la liste des sanctions spécifiques prévues à l'art. 42. Cette omission est très significative. De même, la dissuation générale, ou une notion équivalente, ne découle pas implicitement du libellé des art. 3 et 38. Au contraire, le législateur y met systématiquement l'accent sur l'adolescent traduit devant le tribunal. Comme la *LSJPA* ne donne aucun fondement pour justifier d'infliger une sanction plus sévère que celle qui serait autrement indiquée dans le but de dissuader quiconque de commettre un crime, la dissuasion générale ne constitue pas un principe de détermination de la peine pour les adolescents sous le nouveau régime. La *LSJPA* ne fait pas non plus mention de la dissuasion spécifique. Le législateur a plutôt voulu favoriser la protection durable du public en s'attaquant aux causes sous-jacentes de la criminalité chez les adolescents, en mettant l'accent sur leur réadaptation et leur réinsertion sociale et en les faisant répondre de leurs actes par l'infliction de sanctions assorties de perspectives positives liées aux dommages causés. Il ne fait aucun doute que la sanction imposée peut avoir pour effet de dissuader l'adolescent condamné ainsi que d'autres personnes de commettre des crimes. Toutefois, le législateur n'a pas inclus la dissuasion comme motif d'imposition d'une sanction sous le régime de la *LSJPA*. [4] [22-30] [39-40]

It follows that the Manitoba courts in *B.W.P.* adopted the correct approach on the question of general deterrence. They were also correct in their interpretation of s. 42(2)(*o*) of the *YCJA*. Under that provision, a court is not required to impose on a young person guilty of manslaughter two-thirds of the sentence in custody and one-third under supervision. Unlike the wording of s. 42(2)(*n*), there is no restriction in s. 42(2)(*o*) on what part of the time that can be spent in a custodial setting. Accordingly, nothing in s. 42(2)(*o*) prevents a court from imposing a lesser proportion of time in actual custody if it sees fit. Since the Manitoba courts made no error in principle, the quantum of B.W.P.'s sentence need not be reviewed. There is also no need to review the quantum of the sentence imposed on B.V.N. While the British Columbia courts erred in considering general deterrence as a principle of sentencing, this factor did not play a significant role in the determination of the sentence. Further, as B.V.N. has fully served his sentence, the quantum of his sentence has become moot. [5] [42-49]

Il s'ensuit que dans *B.W.P.* les tribunaux du Manitoba ont adopté la bonne approche concernant la question de la dissuasion générale. Leur interprétation de l'al. 42(2)*o*) de la *LSJPA* était également bien fondée. Selon cette disposition, un tribunal n'est pas tenu d'infliger à un adolescent coupable d'homicide involontaire une peine dont les deux-tiers doivent être purgés en placement sous garde et l'autre tiers sous surveillance. Contrairement au libellé de l'al. 42(2)*n*), celui de l'al. 42(2)*o*) ne prévoit aucune restriction en ce qui concerne la durée possible du placement sous garde. Par conséquent, rien dans le texte de l'al. 42(2)*o*) n'empêche le tribunal d'imposer, s'il le juge à propos, une période de placement sous garde d'une durée inférieure en proportion. Comme les tribunaux du Manitoba n'ont commis aucune erreur de principe, le quantum de la peine de B.W.P. n'a pas à être révisé. De même, il n'est pas nécessaire de réviser le quantum de la peine infligée à B.V.N. Bien que les tribunaux de la Colombie-Britannique aient commis une erreur en considérant la dissuasion générale comme un principe de détermination de la peine, ce facteur n'a pas joué un rôle important dans la détermination de la peine. De plus, comme B.V.N. a complètement purgé sa peine, la question du quantum de celle-ci est devenue théorique. [5] [42-49]

Cases Cited

Distinguished: *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421; **referred to:** *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376; *R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718(*b*), 718.2(*e*).
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 2, 3, 38, 39, 42(2), 50(1), 104, 105.

Authors Cited

Canada. Department of Justice. *YCJA Explained* (May 7, 2002). Ottawa: Department of Justice (online: www.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf).
Roberts, Julian V., and Nicholas Bala. "Understanding Sentencing Under the *Youth Criminal Justice Act*" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 395.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Huband, Kroft and Hamilton JJ.A.) (2004), 187 Man. R. (2d) 80, 330 W.A.C. 80, 187 C.C.C. (3d) 20, 122 C.R.R. (2d) 214, [2004] M.J.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421; **arrêts mentionnés :** *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376; *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718*b*), 718.2*e*).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, préambule, art. 2, 3, 38, 39, 42(2), 50(1), 104, 105.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1.

Doctrine citée

Canada. Ministère de la Justice. *La LSJPA expliquée* (28 mai 2002). Ottawa : Ministère de la Justice (en ligne : www.justice.gc.ca/fr/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf).
Roberts, Julian V., and Nicholas Bala. « Understanding Sentencing Under the *Youth Criminal Justice Act* » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 395.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Huband, Kroft et Hamilton) (2004), 187 Man. R. (2d) 80, 330 W.A.C. 80, 187 C.C.C. (3d) 20, 122 C.R.R. (2d) 214, [2004] M.J.

No. 267 (QL), 2004 MBCA 110, affirming a sentence imposed by Meyers Prov. Ct. J. (2003), 176 Man. R. (2d) 218, [2003] M.J. No. 331 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Mackenzie and Oppal JJ.A.) (2004), 196 B.C.A.C. 100, 322 W.A.C. 100, 186 C.C.C. (3d) 21, [2004] B.C.J. No. 974 (QL), 2004 BCCA 266, affirming in part a sentence imposed by Auxier Prov. Ct. J., [2004] B.C.J. No. 153 (QL), 2004 BCPC 22. Appeal dismissed.

Jo-Ann Natuik, Ami Kotler and *Dale Tesarowski*, for the appellant Her Majesty the Queen.

Brock Martland and *Reginald P. Harris*, for the appellant B.V.N.

Jason Miller, for the respondent B.W.P.

Jennifer Duncan, for the respondent Her Majesty the Queen.

Miriam Bloomenfeld and *Melissa Ragsdale*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

James C. Robb, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Martha Mackinnon, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Cathy Lane Goodfellow and *Patricia G. Yuzwenko*, for the intervener the Youth Criminal Defence Office.

Jonathan Rudin and *Kimberly R. Murray*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

These two appeals raise the same question of statutory interpretation: whether general

No. 267 (QL), 2004 MBCA 110, qui a confirmé une sentence prononcée par le juge Meyers de la Cour provinciale (2003), 176 Man. R. (2d) 218, [2003] M.J. No. 331 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Mackenzie et Oppal) (2004), 196 B.C.A.C. 100, 322 W.A.C. 100, 186 C.C.C. (3d) 21, [2004] B.C.J. No. 974 (QL), 2004 BCCA 266, qui a confirmé en partie une sentence prononcée par la juge Auxier, [2004] B.C.J. No. 153 (QL), 2004 BCPC 22. Pourvoi rejeté.

Jo-Ann Natuik, Ami Kotler et *Dale Tesarowski*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Brock Martland et *Reginald P. Harris*, pour l'appelant B.V.N.

Jason Miller, pour l'intimé B.W.P.

Jennifer Duncan, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Miriam Bloomenfeld et *Melissa Ragsdale*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

James C. Robb, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Martha Mackinnon, pour l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Cathy Lane Goodfellow et *Patricia G. Yuzwenko*, pour l'intervenant Youth Criminal Defence Office.

Jonathan Rudin et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

Les deux pourvois soulèvent la même question d'interprétation législative : Y a-t-il lieu de 1

deterrence is a factor to be considered in sentencing a young person under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("*YCJA*"). The decisions under appeal reveal a divergence of opinion on this issue. The Manitoba courts in *B.W.P.* held that general deterrence was no longer a principle of sentencing under the new *YCJA* regime. The Crown appeals this decision, arguing that general deterrence should be factored in the determination of an appropriate sentence. (The Crown raises a second issue in *B.W.P.* relating to the respective duration of the custody and supervision portions of an order made under s. 42(2)(*o*) of the *YCJA*.) The British Columbia courts in *B.V.N.* held that general deterrence, while a minor factor, remained applicable under the new sentencing regime. B.V.N. appeals his sentence, arguing that general deterrence is no longer applicable in the sentencing of young persons. The appellant in each case takes the position that, if the courts below had taken a correct approach, the sentence would have been different.

prendre en compte la dissuasion générale dans la détermination de la peine à infliger à un adolescent en vertu de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« *LSJPA* »)? Les décisions faisant l'objet des pourvois révèlent une divergence d'opinion sur cette question. Dans *B.W.P.*, les tribunaux du Manitoba ont conclu que la dissuasion générale ne constitue plus un principe de détermination de la peine sous le nouveau régime institué par la *LSJPA*. Le ministère public fait appel de cette décision, soutenant que la dissuasion générale doit être prise en compte dans la détermination d'une peine appropriée. (Dans l'affaire *B.W.P.*, le ministère public soulève une deuxième question, relativement à la durée respective de la période de garde et de la période de surveillance d'une ordonnance prise en application de l'al. 42(2)*o*) de la *LSJPA*.) Dans *B.V.N.*, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé que, bien qu'elle constitue un facteur de moindre importance, la dissuasion générale demeure applicable sous le nouveau régime de détermination des peines. B.V.N. interjette appel de la peine qui lui a été infligée, affirmant que la dissuasion générale n'est plus applicable en matière de détermination de la peine pour les adolescents. Dans chacune de ces affaires, l'appelant plaide que si les tribunaux avaient abordé la question correctement la peine aurait été différente.

2 Deterrence, as a principle of sentencing, refers to the imposition of a sanction for the purpose of discouraging the offender and others from engaging in criminal conduct. When deterrence is aimed at the offender before the court, it is called "specific deterrence", when directed at others, "general deterrence". The focus of these appeals is on the latter. General deterrence is intended to work in this way: potential criminals will not engage in criminal activity because of the example provided by the punishment imposed on the offender. When general deterrence is factored in the determination of the sentence, the offender is punished more severely, not because he or she deserves it, but because the court decides to send a message to others who may be inclined to engage in similar criminal activity.

En tant que principe de détermination de la peine, la dissuasion consiste à imposer une sanction dans le but de décourager le délinquant, et quiconque, de se livrer à des activités criminelles. Lorsque la dissuasion vise le délinquant traduit devant le tribunal, on parle de « dissuasion spécifique », lorsqu'elle vise d'autres personnes, on parle de « dissuasion générale ». Les présents pourvois portent sur la dissuasion générale, qui est censée opérer ainsi : des criminels potentiels éviteront de se livrer à des activités criminelles en raison de l'exemple donné par la punition infligée au délinquant. Quand la dissuasion générale est prise en compte dans la détermination de la peine, le délinquant est puni plus sévèrement, non seulement parce qu'il le mérite, mais également parce que le tribunal décide de transmettre un message à quiconque pourrait être tenté de se livrer à des activités criminelles similaires.

While general deterrence as a goal of sentencing is generally well understood, there is much controversy on whether it works or not. Those who advocate its abolition as a sentencing principle, particularly in respect of youth, emphatically state that there is no evidence that it actually works in preventing crime. Those who advocate its retention are equally firm in their position and, in support, point to society's reliance on some form of general deterrence to guide young people in making responsible choices on various matters, for example, about smoking, using alcohol and drugs and driving a motor vehicle. The question whether general deterrence works or not is not the issue before this Court. Whether the principles for youth sentencing should include deterrence was a matter of considerable debate in the passing of this new legislation. Ultimately, the repeal or retention of deterrence as a principle of sentencing for young persons is a policy choice for Parliament to make. This Court's role on these appeals is to interpret the relevant provisions of the *YCJA* so as to determine what choice Parliament in fact made.

Bien que la dissuasion générale soit dans l'ensemble bien comprise en tant qu'objectif de la détermination de la peine, son degré d'efficacité suscite beaucoup de controverse. Ceux qui préconisent son abolition comme principe de détermination de la peine, particulièrement dans le cas des adolescents, soutiennent avec vigueur que rien ne démontre qu'elle contribue réellement à la prévention du crime. Ceux qui préconisent son maintien défendent tout aussi fermement leur position; ils invoquent l'utilisation par la société d'une forme de dissuasion générale pour inciter les adolescents à faire des choix responsables sur différentes questions, notamment en matière de tabagisme, de consommation d'alcool et de drogues et de conduite de véhicules à moteur. Mais notre Cour n'est pas saisie de la question de l'efficacité de la dissuasion générale. Lors de l'adoption de ce nouveau texte législatif, il y a eu un débat considérable sur l'opportunité de faire figurer la dissuasion générale parmi les principes de détermination de la peine pour les adolescents. Au bout du compte, c'est au législateur qu'il appartient de décider s'il y a lieu de supprimer ou de maintenir, en cette matière, le principe de la dissuasion. Dans les présents pourvois, le rôle de notre Cour consiste à interpréter les dispositions pertinentes de la *LSJPA* afin de déterminer la voie qu'a effectivement choisie le législateur. 3

The *YCJA* introduced a new sentencing regime. As I will explain, it sets out a detailed and complete code for sentencing young persons under which terms it is not open to the youth sentencing judge to impose a punishment for the purpose of warning, not the young person, but others against engaging in criminal conduct. Hence, general deterrence is not a principle of youth sentencing under the present regime. The *YCJA* also does not speak of specific deterrence. Rather, Parliament has sought to promote the long-term protection of the public by addressing the circumstances underlying the offending behaviour, by rehabilitating and reintegrating young persons into society and by holding young persons accountable through the imposition of meaningful sanctions related to the harm done. Undoubtedly, the sentence may have the effect of deterring the young person and others

La *LSJPA* a instauré un nouveau régime de détermination de la peine. Comme nous le verrons, ce régime met en place un code détaillé et exhaustif en matière de détermination de la peine pour les adolescents, en vertu duquel il n'est pas loisible au juge prononçant la peine d'infliger une sanction qui viserait à avertir, non pas l'adolescent concerné, mais d'autres personnes de ne pas se livrer à des activités criminelles. En conséquence, la dissuasion générale ne constitue pas un principe de détermination de la peine pour les adolescents sous le régime actuel. La *LSJPA* ne fait pas non plus mention de la dissuasion spécifique. Le législateur a plutôt voulu favoriser la protection durable du public en s'attaquant aux causes sous-jacentes de la criminalité chez les adolescents, en mettant l'accent sur leur réadaptation et leur réinsertion sociale et en les faisant répondre de leurs actes par l'infliction de 4

from committing crimes. But, by policy choice, I conclude that Parliament has not included deterrence as a basis for imposing a sanction under the *YCJA*.

5 It follows that the Manitoba courts in *B.W.P.* adopted the correct approach on the question of general deterrence. I also conclude that they were correct in their interpretation of s. 42(2)(*o*) of the *YCJA* on the respective duration of the custody and supervision portions of the sentence. Consequently, since the courts in *B.W.P.* made no error in principle, I see no reason to review the quantum of B.W.P.'s sentence. Generally, as a matter of established practice and policy, this Court hears appeals involving the legal principles that should govern the pronouncement of sentence, but does not consider an appeal relating solely to the quantum of a particular sentence: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 33; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 404. I am also of the view that there is no need to review the quantum of the sentence imposed on B.V.N. While the British Columbia courts erred in considering general deterrence as a principle of sentencing, this factor was considered as "a minor one" and it is apparent from the reasons of the sentencing judge that it did not play a significant role in the determination of the sentence. Further, as B.V.N. has fully served his sentence, the quantum of his sentence has essentially become moot.

6 I would therefore dismiss both appeals.

2. The Facts and Proceedings Below

2.1 *R. v. B.W.P.*

7 B.W.P., an aboriginal young person, pled guilty to manslaughter and to an unrelated offence of

sanctions assorties de perspectives positives liées aux dommages causés. Il ne fait aucun doute que la sanction imposée peut avoir pour effet de dissuader l'adolescent condamné ainsi que d'autres personnes de commettre des crimes. Toutefois, je conclus que le législateur a choisi de ne pas inclure la dissuasion comme motif d'imposition d'une sanction sous le régime de la *LSJPA*.

Il s'ensuit que dans *B.W.P.* les tribunaux du Manitoba ont adopté la bonne approche concernant la question de la dissuasion générale. J'estime également qu'ils ont bien interprété l'al. 42(2)*o*) de la *LSJPA*, pour ce qui concerne la durée respective de la période de garde et de la période de surveillance de la peine. Comme les tribunaux ayant statué sur l'affaire *B.W.P.* n'ont commis aucune erreur de principe, je ne vois aucune raison de réviser le quantum de la peine imposée à B.W.P. Selon la pratique et la politique établies, notre Cour accepte en général d'être saisie des pourvois relatifs aux principes juridiques qui devraient régir le prononcé de la peine, mais pas de ceux qui ont uniquement trait au quantum d'une peine particulière : *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 33; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 404. Je suis aussi d'avis qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur le quantum de la peine imposée à B.V.N. Bien que les tribunaux de la Colombie-Britannique aient commis une erreur en considérant la dissuasion générale comme un principe de détermination de la peine, ils n'ont accordé que [TRADUCTION] « peu d'importance » à ce facteur et il appert des motifs du juge ayant prononcé la peine que ce principe n'a pas joué un rôle important dans la détermination de la peine. De plus, comme B.V.N. a complètement purgé sa peine, la question du quantum de celle-ci est devenue, pour l'essentiel, théorique.

Je suis donc d'avis de rejeter les deux pourvois.

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

2.1 *R. c. B.W.P.*

B.W.P., un adolescent autochtone, a plaidé coupable à une infraction d'homicide involontaire

theft. The theft charge related to stolen speakers and is not relevant to this appeal. The charge of manslaughter arose out of a fight between B.W.P. and Saleh, a 22-year-old refugee from Iraq. The fight started when B.W.P., who was intoxicated at the time, asked Saleh why he was staring at the two women who were with B.W.P. Saleh thereupon exited his vehicle and challenged B.W.P. to fight. During the course of the fight, B.W.P. swung a stocking-covered pool ball hitting Saleh's head two or three times. Saleh was able to drive away, but died from his head injuries a short time later. With no family members residing in Canada, Saleh's body was returned to Iraq for burial. Attempts to contact members of the family were unsuccessful and no victim impact statement was available at the sentence hearing. Considerable evidence was called concerning B.W.P.'s background and character including a transfer report, a pre-sentence report, psychological assessment reports and youth bail management reports.

Although charged under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 ("*YOA*"), B.W.P. was sentenced under the *YCJA*. Meyers Prov. Ct. J., for the Winnipeg Youth Justice Court, first held that the offence of manslaughter is a "serious violent offence" within the meaning of s. 2 of the *YCJA* and then turned to a consideration of the appropriate sentence: (2003), 176 Man. R. (2d) 218. After reviewing the guiding principles and purposes of sentencing found in ss. 3(1), 38 and 39, the provisions of s. 50(1) of the *YCJA* on the limited applicability of Part XXIII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the relevant jurisprudence, the sentencing judge concluded that general deterrence is not consistent with the new sentencing philosophy under the *YCJA*.

coupable et à une infraction non reliée de vol. La seconde infraction concernait le vol de haut-parleurs et n'est pas pertinente dans le présent pourvoi. L'accusation d'homicide involontaire coupable découlait d'une bagarre entre B.W.P. et Saleh, un réfugié irakien de 22 ans. La querelle a commencé quand B.W.P., qui était alors en état d'ébriété, a demandé à Saleh pourquoi il dévisageait les deux femmes qui l'accompagnaient. Saleh est alors sorti de son véhicule et a invité B.W.P. à se battre. Au cours de la bagarre, B.W.P. a fait tournoyer une bille de billard cachée dans un bas, atteignant Saleh à la tête à deux ou trois reprises. Bien que ce dernier soit parvenu à s'enfuir dans son véhicule, il est décédé peu après des suites de ses blessures à la tête. Comme aucun membre de la famille de Saleh n'habitait au Canada, le corps a été renvoyé en Iraq pour y être inhumé. Tous les efforts pour entrer en communication avec la famille ont été vains et aucune « déclaration de la victime » n'a pu être présentée lors de l'audience pour la détermination de la peine. De nombreux éléments de preuve ont été produits au sujet des antécédents et de la personnalité de B.W.P., notamment un rapport sur le transfert, un rapport prédécisionnel, des rapports d'évaluation psychologique et des rapports sur la surveillance des adolescents en liberté sous caution.

Quoique B.W.P. ait été accusé en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »), la peine a été prononcée sous le régime de la *LSJPA*. Le juge Meyers de la Cour provinciale, pour le tribunal pour adolescents de Winnipeg, a d'abord établi que l'infraction d'homicide involontaire coupable constitue une « infraction grave avec violence » au sens de l'art. 2 de la *LSJPA*, puis s'est penché sur la détermination de la peine appropriée : (2003), 176 Man. R. (2d) 218. Après avoir passé en revue les principes directeurs et les objectifs de la détermination de la peine énoncés au par. 3(1) et aux art. 38 et 39, les dispositions du par. 50(1) de la *LSJPA* touchant l'applicabilité limitée de la partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi que la jurisprudence pertinente, le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que la dissuasion générale était incompatible avec la nouvelle philosophie de détermination de la peine instaurée par la *LSJPA*. 8

9 The sentencing judge reviewed the evidence concerning the offender, noting in particular B.W.P.'s supportive and stable family, aboriginal identity, minimal legal record, positive school attendance and performance, pro-social extracurricular activities and the positive comments from family members, school officials and hockey coaches. The sentencing judge also relied on the psychological assessment by Dr. Somers who found the risk of re-offending to be low and unlikely to be reduced by a period of custody, recommending rather that B.W.P. be maintained in the community. The sentencing judge held as follows:

> The purpose of sentencing under the *Youth Criminal Justice Act* is to provide just sanctions that have meaningful consequences for the offender and promote his rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public. That rehabilitation and reintegration has been well underway since BWP's release from custody in December 2001. Except for one misstep for which he paid dearly by serving a period of time in custody while awaiting disposition, his march towards becoming a law-abiding member of the community has been most positive.
>
> . . .
>
> Separating BWP from society as urged by the Crown will in my opinion not address the long-term protection of the public as envisioned by the *Youth Criminal Justice Act*. However, allowing him to build on the progress he has made since his release from custody would meet that goal. [paras. 78 and 86]

10 Meyers Prov. Ct. J. disagreed with the Crown's position that ss. 42(2)(*n*) and 42(2)(*o*) must be read in tandem so as to require the court to impose two-thirds of the sentence in custody and one-third under supervision. Rather, he took the view that s. 42(2)(*o*) gave him the discretion to determine the appropriate length of the custody and supervision portions of the sentence. He therefore sentenced

Le juge chargé de la détermination de la peine a examiné la preuve relative au délinquant, soulignant en particulier le fait qu'il vivait dans une famille stable et d'un grand soutien, son identité autochtone, ses antécédents judiciaires très limités, la qualité de son dossier de fréquentation scolaire et ses résultats, sa participation à des activités parascolaires prosociales et les opinions favorables exprimées par des membres de sa famille, des représentants de son école et des entraîneurs de hockey. Le juge s'est également fondé sur l'évaluation psychologique faite par le D^r^ Somers, qui jugeait le risque de récidive peu élevé et estimait peu probable que ce risque soit réduit par l'imposition d'une période de placement sous garde. Il a plutôt recommandé que B.W.P. demeure dans la collectivité. Le juge chargé de la détermination de la peine est arrivé aux conclusions suivantes :

> [TRADUCTION] L'objectif de la détermination de la peine, sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, est l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant la réadaptation et la réinsertion sociale de l'adolescent, en vue de promouvoir la protection durable du public. La démarche de réadaptation et de réinsertion sociale de BWP est bien entamée depuis qu'il a été relâché en décembre 2001. Exception faite d'une erreur qu'il a chèrement payée par un placement sous garde pendant qu'il attendait la décision du tribunal, son cheminement pour devenir un citoyen respectueux de la loi s'est avéré très positif.
>
> . . .
>
> Isoler BWP de la société, comme le réclame le ministère public, ne répondrait pas à mon avis à l'objectif de protection durable du public envisagé par la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. En revanche, lui permettre de poursuivre le cheminement positif qu'il a effectué depuis sa mise en liberté remplirait cet objectif. [par. 78 et 86]

Le juge Meyers de la Cour provinciale n'a pas retenu l'argument du ministère public selon lequel les al. 42(2)*n*) et *o*) doivent être lus en corrélation et ont pour effet d'obliger le tribunal à infliger une peine dont les deux tiers devront être purgés sous garde, et l'autre tiers sous surveillance au sein de la collectivité. Il a plutôt estimé que l'al. 42(2)*o*) lui accordait le pouvoir discrétionnaire de fixer la

B.W.P. to a 15-month custody and supervision order, in addition to the 108 days spent in pre-trial custody. He directed that B.W.P. serve one day in open custody and the remainder of the 15 months under conditional supervision in the community subject to 18 listed conditions, to be followed by a one-year supervised probation order subject to less restrictive conditions.

durée souhaitable de la période de garde et de la période de surveillance de la peine. Il a donc prononcé contre B.W.P. une ordonnance de 15 mois de placement sous garde et de surveillance, en sus des 108 jours passés en détention avant le procès. Il a ordonné que B.W.P. purge une journée sous garde en milieu ouvert et qu'il passe le reste des 15 mois en liberté sous condition au sein de la collectivité, selon 18 conditions énumérées, le tout étant suivi d'une ordonnance de probation d'une année sous surveillance assortie de conditions moins contraignantes.

The Crown appealed to the Manitoba Court of Appeal, arguing that the youth court judge erred in finding that general deterrence was not consistent with the philosophy of the *YCJA*. The Crown argued further that the sentencing judge erred by refusing to read s. 42(2)(*o*) in tandem with s. 42(2)(*n*) which requires that the supervision portion of the order be "one half as long" as the custody portion. Hamilton J.A., writing for the Manitoba Court of Appeal, affirmed the sentencing judge's decision and dismissed the appeal: (2004), 187 Man. R. (2d) 80, 2004 MBCA 110.

11 Le ministère public a interjeté appel auprès de la Cour d'appel du Manitoba, faisant valoir que le juge du tribunal pour adolescents avait commis une erreur en concluant que le principe de la dissuasion générale était incompatible avec l'esprit de la *LSJPA*. Il a également invoqué l'erreur que le juge aurait commise en refusant d'interpréter l'al. 42(2)*o*) en corrélation avec l'al. 42(2)*n*), qui exige que, dans le cadre de la peine, la durée de la période de surveillance au sein de la collectivité soit « la moitié » de la période purgée sous garde. S'exprimant au nom de la Cour d'appel du Manitoba, la juge Hamilton a confirmé la décision du juge chargé de la détermination de la peine et a rejeté l'appel : (2004), 187 Man. R. (2d) 80, 2004 MBCA 110.

On the first issue, Hamilton J.A. gave careful consideration to the Crown's argument that this Court's decision in *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421, continues to apply and considered the conflicting jurisprudence on this point. She concluded that deterrence is not a principle for sentencing young persons under the *YCJA*:

12 Sur la première question, la juge Hamilton a soigneusement examiné l'argument du ministère public selon lequel la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421, continue de s'appliquer, et s'est penchée sur la jurisprudence contradictoire concernant cette question. Elle a conclu que la dissuasion n'était pas un principe applicable en matière de détermination de la peine pour les adolescents dans le cadre de la *LSJPA* :

Under the *YOA*, the protection of society and the public was an important principle. While the long-term protection of the public and respect for societal values remains important under the *YCJA*, Parliament has directed that this is achieved through rehabilitation, reintegration and accountability wherever possible. As Gorman, P.J., noted in *C.M.P.*, the sentence of a young person is "individualistic" with a primary emphasis on rehabilitation. When I consider the wording of s. 50(1)

[TRADUCTION] Sous le régime de la *LJC*, la protection de la société et du public constituait un principe important. Bien que la protection durable du public et le respect pour les valeurs de la société demeurent importants sous le régime de la *LSJPA*, le législateur a voulu que ces objectifs soient, dans la mesure du possible, réalisés par la voie de la réadaptation, de la réinsertion sociale et de la responsabilisation. Comme l'a souligné le juge Gorman dans la décision *C.M.P.*, la

in the context of the overall principles of the *YCJA*, I agree with those judges, like Werier, P.J., in *A.E.B.*, and the sentencing judge here, who have ruled that deterrence is not to be considered when sentencing a young person. A judge cannot sentence one young person with the aim of sending a message to other youth. This would be at variance with the required focus on the young person being sentenced. I am also of the view that specific deterrence is not a principle of sentencing in light of the exclusion of this principle under s. 50(1) of the *YCJA*. Having said that, the sentence, and the judicial process itself, may very well have a deterrent effect on the young person and others. [para. 64]

peine prononcée contre un adolescent est « individualisée » et l'accent est mis avant tout sur la réadaptation. En considérant le libellé du par. 50(1) dans le contexte des principes généraux régissant la *LSJPA*, je souscris à l'opinion des juges — comme la juge Werier dans la décision *A.E.B.* et le juge chargé de la détermination de la peine en l'espèce — qui ont conclu que le principe de la dissuasion ne doit pas être pris en compte pour déterminer la peine d'un adolescent. Un juge ne peut infliger une peine à un adolescent dans le but de transmettre un message aux autres adolescents. Cela irait à l'encontre du principe selon lequel la peine doit être déterminée avant tout en fonction de l'adolescent concerné. J'estime également que la dissuasion spécifique ne constitue pas un principe de détermination de la peine, ce principe ayant été exclu suivant le par. 50(1) de la *LSJPA*. Cela dit, il est fort possible que la peine, et le processus judiciaire en soi, aient un effet dissuasif sur l'adolescent concerné et sur d'autres personnes. [par. 64]

13 On the second issue, Hamilton J.A. held that the sentencing judge had properly concluded that s. 42(2)(*o*) gives a wider discretion than does s. 42(2)(*n*):

Sur la deuxième question, la juge Hamilton a estimé que le juge chargé de la détermination de la peine avait à juste titre conclu que l'al. 42(2)*o*) lui accordait un pouvoir discrétionnaire plus étendu que l'al. 42(2)*n*) :

The sentencing judge was correct to distinguish between subs. 42(2)(n) and 42(2)(o). I agree with counsel for B.W.P. that the ordinary meaning of s. 42(2)(o) is clear from its words and its context. A custody and supervision order under s. 42(2)(o) is but one of 18 sanctions that a sentencing judge may consider. It is different from subs. (n) and gives the judge broader discretion with respect to how long (or short) the custody period and community supervision period will be. Because s. 42(2)(o) only applies to presumptive offences, this broader discretion allows for the sentencing judge to increase the time in custody for these serious offences. However, this discretion does not preclude the judge from favouring the supervision period of the order, as the sentencing judge obviously did in this case. This discretion is consistent with the primary purpose of the *YCJA* to promote rehabilitation, reintegration and accountability through, wherever possible, non-custodial sentences. [para. 73]

[TRADUCTION] Le juge chargé de la détermination de la peine a eu raison d'établir une distinction entre les al. 42(2)n) et 42(2)o). Comme l'avocat de B.W.P., j'estime que le sens ordinaire de l'al. 42(2)o) ressort clairement de son libellé et de son contexte. L'ordonnance de placement et de surveillance prévue à l'al. 42(2)o) n'est que l'une des 18 sanctions que le juge chargé de la détermination de la peine peut choisir d'imposer. Cette disposition se distingue de l'al. n) et accorde au juge un pouvoir discrétionnaire plus étendu quant à la durée de la période de placement sous garde et de la période de surveillance au sein de la collectivité. Comme l'al. 42(2)o) s'applique uniquement aux infractions désignées, ce pouvoir discrétionnaire élargi permet au juge chargé de la détermination de la peine d'augmenter la durée de la période sous garde dans le cas de ces infractions graves. Toutefois, ce pouvoir n'empêche pas le juge de privilégier la période de l'ordonnance consistant dans la surveillance, comme l'a fait de toute évidence, en l'espèce, le juge chargé de la détermination de la peine. Ce pouvoir discrétionnaire s'accorde avec l'objectif principal de la *LSJPA* : promouvoir la réadaptation, la réinsertion sociale et la responsabilisation par l'infliction, chaque fois que c'est possible, de peines ne comportant pas de placement sous garde. [par. 73]

14 The Crown appeals to this Court on the same two grounds.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour en invoquant les deux mêmes moyens.

2.2 *R. v. B.V.N.*

B.V.N. pled guilty to the offence of aggravated assault causing bodily harm. The charge arose out of B.V.N.'s activities as a drug dealer. A few days before the assault in question, B.V.N. and an associate accosted the complainant — a drug addict — over a drug debt, held a gun to his head, clicking the trigger several times, forced him into a car and took him to a relative's house to get money. That incident ended when the relative phoned the police, forcing B.V.N. and his associate to flee. A few days later, B.V.N. and his associate again accosted the complainant, threatened, punched, kicked and stabbed him. The complainant spent several days in the hospital.

The evidence about the offender revealed a very unfortunate family background, no prior convictions for violent offences, but a history of suspension and expulsion from school for assault and drug trafficking, numerous problems in group homes, including threatening staff members, and possessions of weapons. A psychiatric report put him at high risk of engaging in serious and violent criminal activity.

On the question of general deterrence, the sentencing judge compared the provisions of the *YCJA* with the former *YOA* and concluded that general deterrence is one factor, albeit a minor one, in determining the appropriate sentence under the new regime. Considering the circumstances of the offence and the offender, the sentencing judge imposed a nine-month custody and supervision order under s. 42(2)(*n*) (in addition to 81 days of pre-trial custody), with the custodial part of the order to be spent in closed custody: [2004] B.C.J. No. 153 (QL), 2004 BCPC 22.

2.2 *R. c. B.V.N.*

15 B.V.N. a plaidé coupable à l'infraction de voies de fait graves causant des lésions corporelles. L'accusation découle des activités de trafiquant de drogue de B.V.N. Quelques jours avant les voies de fait en question, B.V.N. et un associé ont accosté le plaignant — un toxicomane — au sujet d'une dette de drogue, lui ont braqué une arme à feu sur la tête en appuyant à plusieurs reprises sur la détente, l'ont forcé à monter dans une voiture et l'ont conduit chez un parent pour qu'il se procure de l'argent. L'incident s'est terminé quand le parent du plaignant a téléphoné à la police, forçant B.V.N. et son associé à fuir. Quelques jours plus tard, B.V.N. et son associé ont de nouveau accosté le plaignant, l'ont menacé, l'ont roué de coups de poing et de coups de pied et l'ont poignardé. Le plaignant a été hospitalisé plusieurs jours.

16 La preuve présentée relativement au délinquant a révélé des antécédents familiaux très défavorables, l'absence de déclarations de culpabilité à l'égard d'infractions avec violence, mais plusieurs suspensions et expulsions de l'école pour agressions et trafic de drogues, de nombreux problèmes dans des foyers de groupe, notamment des menaces proférées aux membres du personnel, et des possessions d'armes. Un rapport psychiatrique indiquait qu'il y avait de grands risques que B.V.N. se livre à des activités criminelles violentes et graves.

17 Sur la question de la dissuasion générale, le juge chargé de la détermination de la peine a comparé les dispositions de la *LSJPA* et celles de l'ancienne *LJC* et il a conclu que la dissuasion générale constitue un facteur, quoique mineur, dont il faut tenir compte pour déterminer la peine appropriée sous le nouveau régime. Prenant en considération les circonstances de l'infraction et la situation du délinquant, le juge a prononcé une ordonnance de placement sous garde et de surveillance de neuf mois en vertu de l'al. 42(2)*n*) (en sus des 81 jours passés en détention avant le procès), la partie de la peine consistant dans le placement sous garde devant être purgée en milieu fermé : [2004] B.C.J. No. 153 (QL), 2004 BCPC 22.

18 B.V.N. appealed to the British Columbia Court of Appeal, arguing, among other grounds, that the sentencing judge erred in relying on the principle of general deterrence. Mackenzie J.A., Lambert J.A. concurring, disagreed, finding that this Court's decision in *M. (J.J.)* decided under the *YOA* remained good law: (2004), 196 B.C.A.C. 100, 2004 BCCA 266. Although the *YCJA* provides more detailed guidance for sentencing and is intended to reduce reliance on incarceration, it did not expressly exclude deterrence as a factor. Mackenzie J.A. noted however that, as he read the reasons of the sentencing judge, "the element of general deterrence did not increase the sentence that would otherwise have been imposed" (para. 15). The appeal was allowed in part, deleting certain conditions that have no relevance here. Oppal J.A., in concurring reasons, agreed that the principle of general deterrence is still applicable, *albeit* on a somewhat more limited basis. B.V.N. appeals to this Court, arguing that the courts below fell into error in considering general deterrence as a relevant factor and submitting that a different result would have been reached had this error not been made.

B.V.N. a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, reprochant notamment au juge chargé de la détermination de la peine de s'être fondé à tort sur le principe de la dissuasion générale. Le juge Mackenzie, aux motifs duquel a souscrit le juge Lambert, a rejeté cet argument, estimant que l'arrêt *M. (J.J.)* de notre Cour, qui avait été rendu à l'égard de la *LJC*, demeurait applicable : (2004), 196 B.C.A.C. 100, 2004 BCCA 266. Bien que la *LSJPA* donne des indications plus précises pour la détermination de la peine et vise à réduire le recours à l'incarcération, elle n'aurait pas expressément exclu la dissuasion à titre de facteur à prendre en compte. Le juge Mackenzie a toutefois souligné que, d'après son interprétation des motifs du juge chargé de la détermination de la peine, [TRADUCTION] « le facteur de la dissuasion générale n'a pas contribué à augmenter la peine qui aurait sans cela été imposée » (par. 15). L'appel a été accueilli en partie, certaines conditions non pertinentes dans le présent pourvoi ayant été supprimées. Dans des motifs concordants, le juge Oppal s'est lui aussi dit d'avis que le principe de la dissuasion générale demeurait applicable, *quoique* sur une base un peu plus limitée. B.V.N. se pourvoit devant notre Cour, plaidant que les tribunaux inférieurs ont fait erreur en considérant la dissuasion générale comme un facteur pertinent et que, n'eût été cette erreur, le résultat aurait été différent.

3. Deterrence and the *YCJA*

3.1 *The YCJA: A New Sentencing Regime*

19 The *YCJA* came into force on April 1, 2003. Notably, Parliament did not simply amend its predecessor, the *YOA*, it repealed it. The *YCJA* is a complex piece of legislation that has substantially changed the Canadian youth justice system at various stages of the process including: at the front end, by encouraging greater use of the diversionary programs; at bail hearings, by substantially limiting pre-trial detention; and in the adult sentencing process, by the presumptive application of adult sentences for some of the most serious offences. Most of all, the *YCJA* brought about substantial changes in the general youth sentencing

3. La dissuasion et la *LSJPA*

3.1 *La LSJPA : Un nouveau régime de détermination de la peine*

La *LSJPA* est entrée en vigueur le 1er avril 2003. Il convient de souligner que le législateur ne s'est pas contenté de modifier la loi antérieure, la *LJC*; il l'a abrogée. La *LSJPA* est un texte législatif complexe, qui a apporté des changements majeurs au système canadien de justice pénale pour les adolescents à diverses étapes du processus : en première ligne, en encourageant un plus grand recours aux programmes de déjudiciarisation; lors des enquêtes sur cautionnement, en limitant de façon substantielle la détention avant le procès; et, dans le cadre du processus de détermination de la peine relatif aux adultes, par l'application des peines

process. The statute provides more specific guidance to judges. Detailed sentencing principles are expressly set out. Sentencing options are more regulated. Factors to be taken into account are spelled out. Mandatory restrictions are placed on the use of custodial sentences. The new sentencing provisions have been characterized as "the most systematic attempt in Canadian history to structure judicial discretion regarding the sentencing of juveniles": J. V. Roberts and N. Bala, "Understanding Sentencing Under the *Youth Criminal Justice Act*" (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 395, at p. 396.

Counsel for both appellants and respondents spent much time on these appeals comparing the *YOA* and the *YCJA* in an attempt to persuade the Court that its decision in *M. (J.J.)*, decided under the *YOA*, was either still good law or no longer applicable. In *M. (J.J.)*, this Court settled the existing controversy between provincial appellate courts over the applicability of general deterrence in youth sentencing under the *YOA*. The Court endorsed the opinion of Brooke J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376, and held that "although the principle of general deterrence must be considered, it had diminished importance in determining the appropriate disposition in the case of a youthful offender" (p. 434). Cory J., in writing for the Court, then commented on some of the existing literature on the potential deterrent effect of *YOA* dispositions and added the following caveat:

> Having said that, I would underline that general deterrence should not, through undue emphasis, have the same importance in fashioning the disposition for a youthful offender as it would in the case of an adult. One youthful offender should not be obliged to accept

applicables aux adultes pour certaines des infractions les plus graves, expressément désignées. Mais, avant tout, la *LSJPA* a apporté des modifications importantes au processus général de détermination de la peine pour les adolescents. Elle fournit aux juges un cadre directeur plus précis. Des principes de détermination de la peine détaillés y sont expressément énoncés. L'éventail des peines y est davantage réglementé. Les facteurs à prendre en compte y sont décrits. Le recours au placement sous garde fait l'objet de restrictions obligatoires. On a pu dire des nouvelles dispositions de détermination de la peine qu'elles constituaient [TRADUCTION] « la tentative la plus systématique, dans l'histoire canadienne, d'organiser l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de détermination de la peine pour les adolescents » : J. V. Roberts et N. Bala, « Understanding Sentencing Under the *Youth Criminal Justice Act* » (2003), 41 *Alta. L. Rev.* 395, p. 396.

Les avocats des appelants et des intimés ont longuement comparé la *LJC* et la *LSJPA* dans les présents pourvois, afin de convaincre la Cour que l'arrêt *M. (J.J.)*, rendu dans le cadre de la *LJC*, faisait toujours jurisprudence ou n'était plus applicable, selon le point de vue. Dans cet arrêt, notre Cour a mis fin à une controverse entre des cours d'appel provinciales, portant sur l'applicabilité de la dissuasion générale en matière de détermination de la peine pour les adolescents sous le régime de la *LJC*. Approuvant l'opinion du juge Brooke, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. O.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 376, notre Cour a conclu que, « si le principe de l'effet dissuasif doit être considéré, il revêt une moindre importance dans la détermination de la peine appropriée dans le cas du jeune contrevenant » (p. 434). Le juge Cory, qui s'exprimait au nom de notre Cour, a ensuite commenté certains textes traitant du potentiel dissuasif des dispositions de la *LJC*, puis a ajouté la mise en garde suivante : 20

> Cela étant, je souligne qu'il faut se garder d'attacher à la dissuasion, en insistant indûment sur cet aspect, la même importance, dans l'élaboration d'une décision, pour un contrevenant adolescent que pour un adulte. Un jeune contrevenant ne devrait pas être tenu

the responsibility for all the young offenders of his or her generation. [p. 434]

21 In my view, little can be gained by attempting a detailed comparison of the two statutes. The *YCJA* created such a different sentencing regime that the former provisions of the *YOA* and the precedents decided under it, including *M. (J.J.)*, are of limited value. In order to determine the question before the Court, the focus must be rather on the relevant provisions of the new statute. Except where otherwise indicated, all references to statutory provisions in the analysis that follows are to the *YCJA*.

3.2 *Principles of Adult Sentencing Do Not Apply*

22 Parliament has expressly adopted a firm policy that the criminal justice system for young persons be separate from that of adults: s. 3(1)(*b*). In keeping with this policy, the provisions of the *Criminal Code* on sentencing, save certain listed exceptions, do not apply to youth sentencing. Section 50(1) reads as follows:

> **50.** (1) Subject to section 74 (application of *Criminal Code* to adult sentences), Part XXIII (sentencing) of the *Criminal Code* does not apply in respect of proceedings under this Act except for paragraph 718.2(*e*) (sentencing principle for aboriginal offenders), sections 722 (victim impact statements), 722.1 (copy of statement) and 722.2 (inquiry by court), subsection 730(2) (court process continues in force) and sections 748 (pardons and remissions), 748.1 (remission by the Governor in Council) and 749 (royal prerogative) of that Act, which provisions apply with any modifications that the circumstances require.

23 It is particularly noteworthy that s. 718(*b*) of the *Criminal Code* is *not* one of the listed exceptions incorporated in the *YCJA* — s. 718(*b*) provides that one of the objectives in sentencing adults is "to deter the offender and other persons from committing offences". Since Parliament has expressly included other provisions, in particular one of

d'assumer la responsabilité pour tous les jeunes contrevenants de sa génération. [p. 434]

À mon avis, il n'est pas vraiment utile de procéder à une comparaison approfondie des deux lois. La *LSJPA* a institué un régime de détermination de la peine tellement différent que les dispositions antérieures de la *LJC* et la jurisprudence issue de leur application, y compris l'arrêt *M. (J.J.)*, n'ont plus qu'une valeur limitée. Pour trancher la question dont est saisie notre Cour, il convient plutôt de se concentrer sur les dispositions pertinentes de la nouvelle loi. Sauf indication contraire, toute mention d'une disposition législative dans l'analyse qui suit concerne la *LSJPA*.

3.2 *Exclusion des principes de détermination de la peine applicables aux adultes*

Le législateur a très clairement indiqué que le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes : al. 3(1)*b*). En conséquence, sous réserve de certaines exceptions énumérées, les dispositions du *Code criminel* en matière de détermination de la peine ne s'appliquent pas à l'égard des adolescents. Voici le texte du par. 50(1) de la *LSJPA* :

> **50.** (1) Sous réserve de l'article 74 (application du *Code criminel* aux peines applicables aux adultes), la partie XXIII (détermination de la peine) du *Code criminel* ne s'applique pas aux poursuites intentées sous le régime de la présente loi; toutefois, l'alinéa 718.2*e*) (principe de détermination de la peine des délinquants autochtones), les articles 722 (déclaration de la victime), 722.1 (copie de la déclaration) et 722.2 (enquête par le tribunal), le paragraphe 730(2) (maintien en vigueur de la sommation) et les articles 748 (pardons et remises), 748.1 (remise par le gouverneur en conseil) et 749 (prérogative royale) de cette loi s'appliquent avec les adaptations nécessaires.

Il importe de souligner que l'al. 718*b*) du *Code criminel ne* fait *pas* partie des exceptions énumérées dans la *LSJPA* — cette disposition précise que l'un des objectifs du prononcé des peines pour adultes est de « dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ». Comme le législateur a expressément énoncé que d'autres

the adult sentencing principles — s. 718.2(*e*) with respect to aboriginal offenders — one can only conclude that the omission is deliberate. Parliament chose not to incorporate the adult sentencing principle of deterrence in the new youth sentencing regime. The question then becomes whether deterrence, or some equivalent concept, can be found in the words of the *YCJA* itself.

3.3 *"Deterrence", "Deter" or Equivalent Concepts Not Found in the YCJA*

As indicated earlier, deterrence, as a general principle of sentencing, is well known. Had Parliament intended to make deterrence part of the youth sentencing regime, one would reasonably expect that it would be expressly included in the detailed purpose and principles set out in the statute. Yet the words "deter" and "deterrence" are nowhere to be found in the *YCJA*: the words do not appear in the "Declaration of Principle" under s. 3, nor in the "Purpose and Principles" listed under s. 38 and not even in the list of particular sanctions found in s. 42. This omission is of considerable significance.

The Crown recognizes that the *YCJA* does not explicitly refer to deterrence as a sentencing principle. However, it is argued, nor does the statute expressly exclude it from consideration in sentencing. This argument was accepted by the British Columbia courts in *B.V.N.* and formed the essential basis for their decision that general deterrence was still a factor to be considered in youth sentencing. In support of its argument, the Crown submits that the continued application of general deterrence can be inferred from several provisions in the new statute. First, it is submitted that Parliament, while emphasizing rehabilitation, has also recognized the need for "long-term protection of the public" as a purpose of youth sentencing: ss. 3 and 38(1). Second, ss. 3 and 38(1) both speak of "meaningful consequences" without defining the term. The

dispositions s'appliquaient, notamment un des principes de détermination de la peine applicables aux adultes, soit l'al. 718.2*e*) concernant les délinquants autochtones, force est de conclure que l'omission est volontaire. Le législateur a choisi de ne pas inclure dans le nouveau régime de détermination de la peine pour les adolescents le principe de la dissuasion, qui s'applique à la détermination de la peine dans le cas des adultes. La question consiste à déterminer si la dissuasion, ou une notion équivalente, est présente dans le libellé de la *LSJPA*.

3.3 *Absence des termes « dissuasion », « dissuader » ou de notions équivalentes dans la LSJPA*

24 Nous avons vu que la dissuasion est bien connue à titre de principe général de la détermination de la peine. Si le législateur avait souhaité l'inclure dans le nouveau régime de détermination de la peine pour les adolescents, il est naturel de penser que ce principe aurait été expressément mentionné dans les objectifs et principes détaillés énoncés dans la loi. Or, les termes « dissuader » et « dissuasion » ne figurent nulle part dans la *LSJPA* : ils ne sont employés ni dans la « Déclaration de principes » de l'art. 3, ni dans les « Objectif et principes » énoncés à l'art. 38, ni même dans la liste des sanctions spécifiques prévues à l'art. 42. Cette omission est très significative.

25 Le ministère public admet qu'il n'est pas expressément fait état, dans la *LSJPA*, de la dissuasion en tant que principe de détermination de la peine. Il fait toutefois valoir que la loi n'exclut pas expressément non plus sa prise en considération. Cet argument a été accepté par les tribunaux de la Colombie-Britannique dans *B.V.N.* et constituait le fondement essentiel de leur décision portant que la dissuasion générale demeurait un facteur à prendre en considération dans la détermination de la peine pour les adolescents. À l'appui de sa thèse, le ministère public affirme que plusieurs dispositions de la nouvelle loi permettent d'inférer le maintien de l'applicabilité de la dissuasion générale. Premièrement, il souligne que, si le législateur a mis l'accent sur la réadaptation, il a également reconnu la nécessité d'une « protection durable du

Crown does not quarrel with the proposition that in most cases, the consequences should be meaningful to the youth before the court, but argues that a rational system of sentencing must recognize interests apart from those of the offender. Third, the statute speaks of "accountability" which, it is submitted, is a sufficiently broad concept to encompass considerations of general deterrence, provided that it does not lead to a disproportionate or exemplary sentence which the Crown concedes would be contrary to s. 3(1)(*c*). Fourth, it is submitted that general deterrence has a role to play in fashioning a sentence that reinforces "respect for societal values", a principle set out in s. 3(1)(*c*)(i).

public » comme principe de détermination de la peine pour les adolescents : voir l'art. 3 et le par. 38(1). Deuxièmement, ces mêmes dispositions emploient toutes deux l'expression « perspectives positives » sans la définir. Le ministère public ne conteste pas que, dans la plupart des cas, les perspectives devraient être positives pour l'adolescent qui est traduit en justice, mais il plaide qu'un système rationnel de détermination de la peine doit aussi tenir compte d'autres intérêts que ceux du délinquant. Troisièmement, il est question de « responsabilité » dans la loi; or cette notion, fait-on valoir, a une portée suffisamment large pour englober des considérations de dissuasion générale, pourvu que cela n'entraîne pas l'infliction d'une peine disproportionnée ou exemplaire — ce qui, concède le ministère public, serait contraire à l'al. 3(1)*c*). Quatrièmement, le ministère public soutient que la dissuasion générale a un rôle à jouer dans l'élaboration d'une peine visant à renforcer le « respect pour les valeurs de la société », principe consacré au sous-al. 3(1)*c*)(i).

26 In my view, none of these provisions, when considered in context, supports the Crown's position that a harsher sanction can be imposed upon on a young person for the purpose of sending a message, not to the youth, but to others who may engage in criminal conduct. For ease of reference, I will set out the relevant provisions and underline the words upon which the Crown relies.

J'estime qu'aucune de ces dispositions, considérée dans son contexte, n'étaye la thèse du ministère public selon laquelle une sanction plus sévère peut être imposée à un délinquant adolescent dans le but de transmettre un message, non pas au délinquant lui-même, mais à quiconque serait susceptible de se livrer à des activités criminelles. Par souci de commodité, je reproduis ci-après les dispositions pertinentes, en y soulignant les termes sur lesquels s'appuie le ministère public.

27 The general purpose of youth sentencing is set out in s. 38(1) and reads as follows:

L'objectif principal de la peine, en ce qui concerne les adolescents, est énoncé au par. 38(1), dont voici le texte :

38. (1) The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

38. (1) L'assujettissement de l'adolescent aux peines visées à l'article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

28 The governing sentencing principles are set out in ss. 3 and 38(2):

Quant aux principes régissant la détermination de la peine, ils sont exposés à l'art. 3 et au par. 38(2) :

3. (1) The following principles apply in this Act:

(*a*) the youth criminal justice system is intended to

(i) prevent crime by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour,

(ii) rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society, and

(iii) ensure that a young person is subject to meaningful consequences for his or her offence

in order to promote the long-term protection of the public;

(*b*) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and emphasize the following:

(i) rehabilitation and reintegration,

(ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,

(iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

(iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and

(v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons' perception of time;

(*c*) within the limits of fair and proportionate accountability, the measures taken against young persons who commit offences should

(i) reinforce respect for societal values,

(ii) encourage the repair of harm done to victims and the community,

(iii) be meaningful for the individual young person given his or her needs and level of development and, where appropriate, involve the parents, the extended family, the community and social or other agencies in the young person's rehabilitation and reintegration, and

3. (1) Les principes suivants s'appliquent à la présente loi :

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public;

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes et mettre l'accent sur :

(i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,

(iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

(iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,

(v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie des adolescents;

c) les mesures prises à l'égard des adolescents, en plus de respecter le principe de la responsabilité juste et proportionnelle, doivent viser à :

(i) renforcer leur respect pour les valeurs de la société,

(ii) favoriser la réparation des dommages causés à la victime et à la collectivité,

(iii) leur offrir des perspectives positives, compte tenu de leurs besoins et de leur niveau de développement, et, le cas échéant, faire participer leurs père et mère, leur famille étendue, les membres de leur collectivité et certains organismes sociaux ou autres à leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(iv) respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and respond to the needs of aboriginal young persons and of young persons with special requirements; and

(*d*) special considerations apply in respect of proceedings against young persons and, in particular,

(i) young persons have rights and freedoms in their own right, such as a right to be heard in the course of and to participate in the processes, other than the decision to prosecute, that lead to decisions that affect them, and young persons have special guarantees of their rights and freedoms,

(ii) victims should be treated with courtesy, compassion and respect for their dignity and privacy and should suffer the minimum degree of inconvenience as a result of their involvement with the youth criminal justice system,

(iii) victims should be provided with information about the proceedings and given an opportunity to participate and be heard, and

(iv) parents should be informed of measures or proceedings involving their children and encouraged to support them in addressing their offending behaviour.

(2) This Act shall be liberally construed so as to ensure that young persons are dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

38. . . .

(2) A youth justice court that imposes a youth sentence on a young person shall determine the sentence in accordance with the principles set out in section 3 and the following principles:

(*a*) the sentence must not result in a punishment that is greater than the punishment that would be appropriate for an adult who has been convicted of the same offence committed in similar circumstances;

(*b*) the sentence must be similar to the sentences imposed in the region on similar young persons found guilty of the same offence committed in similar circumstances;

(iv) prendre en compte tant les différences ethniques, culturelles, linguistiques et entre les sexes que les besoins propres aux adolescents autochtones et à d'autres groupes particuliers d'adolescents;

d) des règles spéciales s'appliquent aux procédures intentées contre les adolescents. Au titre de celles-ci :

(i) les adolescents jouissent, et ce personnellement, de droits et libertés, notamment le droit de se faire entendre dans le cadre des procédures conduisant à des décisions qui les touchent — sauf la décision d'entamer des poursuites — et de prendre part à ces procédures, ces droits et libertés étant assortis de mesures de protection spéciales,

(ii) les victimes doivent être traitées avec courtoisie et compassion, sans qu'il ne soit porté atteinte à leur dignité ou à leur vie privée, et doivent subir le moins d'inconvénients possible du fait de leur participation au système de justice pénale pour les adolescents,

(iii) elles doivent aussi être informées des procédures intentées contre l'adolescent et avoir l'occasion d'y participer et d'y être entendues,

(iv) les père et mère de l'adolescent doivent être informés des mesures prises, ou des procédures intentées, à l'égard de celui-ci et être encouragés à lui offrir leur soutien.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

38. . . .

(2) Le tribunal pour adolescents détermine la peine spécifique à imposer conformément aux principes énoncés à l'article 3 et aux principes suivants :

a) la peine ne doit en aucun cas aboutir à une peine plus grave que celle qui serait indiquée dans le cas d'un adulte coupable de la même infraction commise dans des circonstances semblables;

b) la peine doit être semblable à celle qui serait imposée dans la région à d'autres adolescents se trouvant dans une situation semblable pour la même infraction commise dans des circonstances semblables;

(*c*) the sentence must be proportionate to the seriousness of the offence and the degree of responsibility of the young person for that offence;

(*d*) all available sanctions other than custody that are reasonable in the circumstances should be considered for all young persons, with particular attention to the circumstances of aboriginal young persons; and

(*e*) subject to paragraph (*c*), the sentence must

(i) be the least restrictive sentence that is capable of achieving the purpose set out in subsection (1),

(ii) be the one that is most likely to rehabilitate the young person and reintegrate him or her into society, and

(iii) promote a sense of responsibility in the young person, and an acknowledgment of the harm done to victims and the community.

Section 38(3) lists the factors to be considered in determining a youth sentence:

38. . . .

(3) In determining a youth sentence, the youth justice court shall take into account

(*a*) the degree of participation by the young person in the commission of the offence;

(*b*) the harm done to victims and whether it was intentional or reasonably foreseeable;

(*c*) any reparation made by the young person to the victim or the community;

(*d*) the time spent in detention by the young person as a result of the offence;

(*e*) the previous findings of guilt of the young person; and

(*f*) any other aggravating and mitigating circumstances related to the young person or the offence that are relevant to the purpose and principles set out in this section.

I am unable to find in these provisions a basis for imposing a harsher sanction than would otherwise be called for to deter *others* from committing

c) la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité de l'adolescent à l'égard de l'infraction;

d) toutes les sanctions applicables, à l'exception du placement sous garde, qui sont justifiées dans les circonstances doivent faire l'objet d'un examen, plus particulièrement en ce qui concerne les adolescents autochtones;

e) sous réserve de l'alinéa *c*), la peine doit :

(i) être la moins contraignante possible pour atteindre l'objectif mentionné au paragraphe (1),

(ii) lui offrir les meilleures chances de réadaptation et de réinsertion sociale,

(iii) susciter le sens et la conscience de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance des dommages causés à la victime et à la collectivité.

On trouve, au par. 38(3), la liste des facteurs à prendre en compte lors de la détermination d'une peine spécifique : 29

38. . . .

(3) Le tribunal détermine la peine spécifique à imposer en tenant également compte :

a) du degré de participation de l'adolescent à l'infraction;

b) des dommages causés à la victime et du fait qu'ils ont été causés intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles;

c) de la réparation par l'adolescent des dommages causés à la victime ou à la collectivité;

d) du temps passé en détention par suite de l'infraction;

e) des déclarations de culpabilité antérieures de l'adolescent;

f) des autres circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation de l'adolescent et pertinentes au titre des principes et objectif énoncés au présent article.

Je ne vois dans ces dispositions aucun fondement justifiant d'infliger à l'adolescent concerné une sanction plus sévère que celle qui serait autrement 30

crime. Rather, as I will explain, the focus throughout remains on the young person before the court.

31 I will deal firstly with Parliament's express concern about the protection of the public. The Crown is correct in saying that "protection of the public" as a purpose of sentencing is not incompatible with general deterrence. Indeed, it is essentially on the basis of these words in the statute that this Court in *M. (J.J.)* held that general deterrence could be considered under the *YOA*. However, the *YCJA*'s references to "protection of the public" must be examined in context. For convenience, I repeat the words of s. 38(1):

38. (1) The purpose of sentencing under section 42 (youth sentences) is to hold a young person accountable for an offence through the imposition of just sanctions that have meaningful consequences for the young person and that promote his or her rehabilitation and reintegration into society, thereby contributing to the long-term protection of the public.

It is apparent from a plain reading of s. 38(1) that "protection of the public" is expressed, not as an immediate objective of sentencing, but rather as the long-term effect of a successful youth sentence. Likewise, s. 3(1) sets out the three specific means by which sentencing is intended to "promote the long-term protection of the public". These specific means do not include general deterrence. Again, for convenience, I repeat the relevant wording of that provision here:

3. (1) . . .

(*a*) the youth criminal justice system is intended to

(i) prevent crime by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour,

(ii) rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society, and

(iii) ensure that a young person is subject to meaningful consequences for his or her offence

in order to promote the long-term protection of the public;

indiquée, et ce, dans le but de dissuader *quiconque* de commettre un crime. Au contraire, le législateur y met systématiquement l'accent sur l'adolescent traduit devant le tribunal, comme je vais l'expliquer.

Je traiterai pour commencer du souci de la protection du public exprimé par le législateur. Le ministère public a raison d'affirmer que, en tant qu'objectif de la peine, « la protection [. . .] du public » n'est pas incompatible avec la dissuasion générale. D'ailleurs, c'est essentiellement en se fondant sur ces termes de la loi que notre Cour a conclu, dans l'arrêt *M. (J.J.)*, que l'effet dissuasif pouvait être pris en compte sous le régime de la *LJC*. Toutefois, les mentions de l'expression « la protection [. . .] du public » dans la *LSJPA* doivent être considérées dans leur contexte. Je reproduis encore une fois le texte du par. 38(1) pour plus de commodité :

38. (1) L'assujettissement de l'adolescent aux peines visées à l'article 42 (peines spécifiques) a pour objectif de faire répondre celui-ci de l'infraction qu'il a commise par l'imposition de sanctions justes assorties de perspectives positives favorisant sa réadaptation et sa réinsertion sociale, en vue de favoriser la protection durable du public.

Il ressort clairement de cette disposition que la « protection [. . .] du public » est prise ici, non comme un objectif immédiat de la peine, mais bien comme l'effet durable d'une peine efficace, à l'égard d'un adolescent. De même, le par. 3(1) énonce les trois moyens spécifiques par lesquels la peine doit « favoriser la protection durable du public ». Or, la dissuasion générale ne fait pas partie de ces moyens. Toujours par souci de commodité, je reproduis de nouveau le texte de cette disposition :

3. (1) . . .

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public;

In my view, none of these express means would allow for the imposition of a harsher sanction for the purpose of deterring others from committing crimes. Rather, the means of promoting the long-term protection of the public describe an individualized process by focussing on underlying causes, rehabilitation, reintegration and meaningful consequences *for the offender.*

Likewise, when the *YCJA* speaks about reinforcing "respect for societal values" in s. 3(1)(*c*)(i), it is important to look at the context to determine *whose* respect is targeted: the young person's or society's as a whole? The more obvious target, or course, is the young person before the court "against" whom "measures" are "taken" under that provision. However, if there is any ambiguity on the interpretation of this provision, it is dispelled by the French version which makes it clear that the statute is speaking about reinforcing the young person's respect for societal values, not society's at large:

3. (1) . . .

(*c*) les mesures prises à l'égard des adolescents . . . doivent viser à :

(i) renforcer leur respect pour les valeurs de la société,

. . .

In the same way, when the statute speaks of "accountability" or requires that "meaningful consequences" be imposed, the language expressly targets the young offender before the court: "ensure that a young person is subject to meaningful consequences" (s. 3(1)(*a*)(iii)); "accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity" (s. 3(1)(*b*)(ii)); "be meaningful for the individual young person given his or her needs and level of development" (s. 3(1)(*c*)(iii)). Parliament has made it equally clear in the French version that these principles are offender-centric and not aimed at the

À mon avis, aucun de ces moyens expressément mentionnés n'autorise l'infliction d'une sanction plus sévère dans le but de dissuader quiconque de commettre des crimes. Les moyens retenus pour favoriser la protection durable du public dénotent plutôt un processus individualisé, l'accent étant mis sur les causes sous-jacentes, la réadaptation, la réinsertion sociale et les perspectives positives *pour le délinquant.*

32 De même, lorsqu'il est précisé, dans la version anglaise du sous-al. 3(1)*c*)(i) de la *LSJPA*, que les mesures prises à l'égard des adolescents « *should [. . .] reinforce respect for societal values* », il importe d'examiner le contexte pour déterminer *de la part de qui* on entend renforcer le respect des valeurs en question : l'adolescent ou la société dans son ensemble. Bien entendu, c'est l'adolescent qui est devant le tribunal, et « à l'égard » de qui les « mesures » sont « prises », qui semble logiquement visé. S'il subsistait néanmoins quelque doute que ce soit quant à l'interprétation de cette disposition, il est dissipé par la version française, qui établit clairement que la disposition vise à renforcer le respect par l'adolescent concerné — et non par la société dans son ensemble — des valeurs de la société :

3. (1) . . .

c) les mesures prises à l'égard des adolescents, [. . .] doivent viser à :

(i) renforcer leur respect pour les valeurs de la société,

. . .

33 De même, lorsque le texte anglais de la loi emploie le terme « *accountability* » ou requiert des « *meaningful consequences* », il vise expressément les jeunes délinquants qui se trouvent devant le tribunal : « *ensure that a young person is subject to meaningful consequences* » (sous-al. 3(1)*a*)(iii)); « *accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity* » (sous-al. 3(1)*b*)(ii)); « *be meaningful for the individual young person given his or her needs and level of development* » (sous-al. 3(1)*c*)(iii)). Le législateur a indiqué tout aussi clairement dans la version française que ces principes

general public: e.g., s. 3(1)(*a*) speaks of "*le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents . . . et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives*".

34 In my view, the words of the statute can only support the conclusion that Parliament deliberately excluded general deterrence as a factor of youth sentencing.

3.4 *Exclusion of General Deterrence Accords With Parliament's Intention*

35 The general object and scheme of the *YCJA*, and Parliament's intention in passing it, has already been the subject of much discussion, by courts and commentators alike, most recently by this Court in *R. v. C.D.*, [2005] 3 S.C.R. 668, 2005 SCC 78. I will not repeat this Court's analysis in *C.D.* here. It is quite clear in considering the preamble and the statute as a whole that Parliament's goal in enacting the new youth sentencing regime was to reserve the most serious interventions for the most serious crimes and thereby *reduce the over-reliance on incarceration for non-violent young persons.* This goal is expressly set out in the preamble to the *YCJA*. It reads as follows:

WHEREAS members of society share a responsibility to address the developmental challenges and the needs of young persons and to guide them into adulthood;

WHEREAS communities, families, parents and others concerned with the development of young persons should, through multi-disciplinary approaches, take reasonable steps to prevent youth crime by addressing its underlying causes, to respond to the needs of young persons, and to provide guidance and support to those at risk of committing crimes;

WHEREAS information about youth justice, youth crime and the effectiveness of measures taken to address youth crime should be publicly available;

visent les délinquants et non le public en général : par exemple, l'al. 3(1)*a*) précise que « le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents [. . .] et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives ».

J'estime que le libellé de la loi conduit inéluctablement à la conclusion que le législateur a délibérément exclu la dissuasion générale comme facteur de détermination de la peine pour les adolescents.

3.4 *Conformité de l'exclusion de la dissuasion générale avec l'intention du législateur*

L'objet et l'économie de la *LSJPA*, tout comme l'intention du législateur en l'adoptant, ont été maintes fois analysés, tant par les tribunaux que par des commentateurs — et tout récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. C.D.*, [2005] 3 R.C.S. 668, 2005 CSC 78. Je me dispenserai de répéter ici les observations faites dans cet arrêt. Il ressort clairement du préambule de la loi, ainsi que de celle-ci dans son ensemble, que le législateur voulait, en édictant le nouveau régime de détermination de la peine pour les adolescents, limiter la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et, par conséquent, *diminuer le recours à l'incarcération des adolescents non violents.* Cet objectif est expressément énoncé dans le préambule de la *LSJPA*, qui est rédigé ainsi :

Attendu :

que la société se doit de répondre aux besoins des adolescents, de les aider dans leur développement et de leur offrir soutien et conseil jusqu'à l'âge adulte;

qu'il convient que les collectivités, les familles, les parents et les autres personnes qui s'intéressent au développement des adolescents s'efforcent, par la prise de mesures multidisciplinaires, de prévenir la délinquance juvénile en s'attaquant à ses causes, de répondre à leurs besoins et d'offrir soutien et conseil à ceux d'entre eux qui risquent de commettre des actes délictueux;

que le public doit avoir accès à l'information relative au système de justice pour les adolescents, à la délinquance juvénile et à l'efficacité des mesures prises pour la réprimer;

WHEREAS Canada is a party to the United Nations Convention on the Rights of the Child and recognizes that young persons have rights and freedoms, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, and have special guarantees of their rights and freedoms;

AND WHEREAS Canadian society should have a youth criminal justice system that commands respect, takes into account the interests of victims, fosters responsibility and ensures accountability through meaningful consequences and effective rehabilitation and reintegration, and that reserves its most serious intervention for the most serious crimes and reduces the over-reliance on incarceration for non-violent young persons;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows . . . .

que le Canada est partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et que les adolescents ont des droits et libertés, en particulier ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*, et qu'ils bénéficient en conséquence de mesures spéciales de protection à cet égard;

que la société canadienne doit avoir un système de justice pénale pour les adolescents qui impose le respect, tient compte des intérêts des victimes, favorise la responsabilité par la prise de mesures offrant des perspectives positives, ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale, limite la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et diminue le recours à l'incarcération des adolescents non violents,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte : . . .

Unlike some other factors in sentencing, general deterrence has a unilateral effect on the sentence. When it is applied as a factor in sentencing, it will always serve to increase the penalty or make it harsher; its effect is never mitigating. The application of general deterrence as a sentencing principle, of course, does not always result in a custodial sentence; however, it can only contribute to the increased use of incarceration, not its reduction. Hence, the exclusion of general deterrence from the new regime is consistent with Parliament's express intention to reduce the over-reliance of incarceration for non-violent young persons. I am not persuaded by the Crown's argument that the words of the preamble referring to the public availability of information indicate that Parliament somehow intended by those words to include general deterrence as part of the new regime. The reference in the preamble to the desirability that certain information be available to the public, in and of itself and in context, cannot reasonably support such an interpretation.

36 Contrairement à d'autres facteurs susceptibles d'être pris en compte dans la détermination de la peine, la dissuasion générale a un effet unilatéral sur la peine. En effet, lorsqu'elle est appliquée dans ce contexte, la dissuasion générale entraîne toujours l'augmentation de la peine ou de sa sévérité; elle n'a jamais pour effet de les atténuer. Bien entendu, l'application de la dissuasion générale comme principe de détermination de la peine n'a pas nécessairement pour conséquence le placement sous garde; toutefois, elle ne peut que contribuer à augmenter le recours à l'incarcération, pas à le diminuer. L'exclusion de la dissuasion générale du nouveau régime est donc conforme à l'intention explicite du législateur de diminuer le recours à l'incarcération des adolescents non-violents. Le ministère public ne m'a pas convaincue que la mention, dans le préambule, de la nécessité pour le public d'avoir accès à l'information indique une quelconque intention de la part du législateur d'inscrire l'objectif de la dissuasion générale dans le nouveau régime. En soi et dans le contexte, le fait que le préambule dise qu'il serait souhaitable de mettre certains renseignements à la disposition du public ne saurait raisonnablement confirmer la justesse d'une telle interprétation.

The Crown's reliance on some of the exchanges before the Parliamentary Standing Committee

37 Le ministère public a invoqué certains échanges ayant eu lieu devant le Comité permanent de

on Justice and Human Rights — the committee responsible for reviewing the draft provisions of the *YCJA* — is equally unconvincing. At best, the record of Parliamentary Committee proceedings shows that the exclusion of general deterrence from the *YCJA* was a very live issue. This fact can only lend further support to the conclusion that the drafters' ultimate omission of deterrence as a youth sentencing factor was deliberate. Administrative materials published by the Department of Justice Canada on its Web site further confirm this. None of the statements speaks of deterrence as a principle of sentencing. Indeed, in the sentencing modules that directly address the sentencing guidelines under the *YCJA*, the Department of Justice Canada takes the position that deterrence plays no role in youth sentencing. The statement reads:

> The *YCJA* sets out distinct sentencing provisions for young persons which are different in important respects from the sentencing provisions for adults in the *Criminal Code*. Denunciation, specific deterrence, general deterrence, and incapacitation, which are sentencing objectives for adults under the *Criminal Code*, are not sentencing objectives under the *YCJA*. Section 50 of the *YCJA* states clearly that the purpose and principles of sentencing of adults under the *Criminal Code* which are contained in sections 718, 718.1 and 718.2 of the *Code* do not apply in proceedings under the *YCJA*, except for paragraph 718.2(*e*) which deals with Aboriginal offenders. [Emphasis added.]

(*YCJA Explained* (2002), www.justice.gc.ca/en/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf, at p. 3)

38 Of course, this does not mean that sentencing under the *YCJA* cannot have a deterrent effect. The detection, arrest, conviction and consequences to the young person may well have a deterrent effect on others inclined to commit crime. It also does not mean that the court must ignore the impact that the crime may have had on the community, as was suggested in argument. A consideration of all relevant factors about the offence and the offender forms part of the sentencing process. What the *YCJA* does

la justice et des droits de la personne — le comité chargé de l'examen de l'avant-projet de loi de la *LSJPA*. Cet argument n'est pas plus convaincant. Au mieux, la transcription des délibérations du Comité permanent montre que l'exclusion de la dissuasion générale de la *LSJPA* a été amplement débattue. Ce fait ne peut que renforcer la conclusion selon laquelle l'omission par les rédacteurs de la dissuasion comme facteur de détermination de la peine était délibérée. Les documents administratifs publiés sur le site Web du ministère de la Justice du Canada étayent encore davantage cette conclusion : la dissuasion comme principe de la détermination de la peine n'y est nullement mentionnée. En fait, dans les modules portant sur la détermination de la peine qui traitent expressément des lignes directrices établies à cet égard sous le régime de la *LSJPA*, le ministère de la Justice du Canada explique que la dissuasion ne joue aucun rôle en matière de détermination de la peine pour les adolescents :

> La *LSJPA* comprend des dispositions sur la détermination de la peine spécifique aux adolescents qui sont différentes à bien des égards des dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine à imposer aux adultes. La dénonciation, la dissuasion du délinquant, la dissuasion générale et la neutralisation, des objectifs de la détermination de la peine à imposer aux adultes prévus par le *Code criminel*, ne sont pas des objectifs de la détermination de la peine aux termes de la *LSJPA*. L'article 50 de la *LSJPA* prévoit explicitement que l'objectif et les principes de la peine à imposer aux adultes prévus aux articles 718, 718.1 et 718.2 du *Code* ne s'appliquent pas, à l'exception de l'al. 718.2*e*) sur les délinquants autochtones, aux poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA*. [Je souligne.]

(*La LSJPA expliquée* (2002), www.justice.gc.ca/fr/ps/yj/repository/downlds/3040301.pdf, p. 3)

Bien entendu, cela ne signifie pas que la peine infligée en application de la *LSJPA* ne peut pas comporter d'effet dissuasif. La découverte, l'arrestation et la condamnation de l'adolescent, ainsi que les conséquences subies par ce dernier, peuvent fort bien avoir un effet dissuasif sur quiconque a des tendances criminelles. Cela ne signifie pas non plus que le tribunal ne doit tenir aucun compte de l'incidence du crime commis sur la collectivité, comme on l'a plaidé. La prise en considération de

not permit, however, is the use of general deterrence to justify a harsher sanction than that necessary to rehabilitate, reintegrate and hold accountable the *specific young person before the court.*

3.5 *Specific Deterrence*

The focus on these appeals has been on general deterrence, not specific deterrence. As stated earlier, specific deterrence is directed at the offender before the court. As a principle of sentence, it refers to the goal of preventing the offender from committing another criminal offence. When considered broadly, there can be considerable overlap between specific deterrence and other goals of sentencing. Indeed, rehabilitation and reintegration of the offender in society may be the best way to ensure that the young person does not re-offend. However, the new sentencing regime does not speak of specific deterrence as a distinct factor in sentencing. Rather, Parliament has specifically and expressly directed how preventing the young offender from re-offending should be achieved, namely by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour through rehabilitation and reintegration and by reserving custodial sanctions solely for the most serious crimes. In my view, nothing further would be gained in trying to fit specific deterrence, as a distinct factor, by implying it in some way under the new regime.

In its narrower sense, specific deterrence calls for the incapacitation of the offender in order to prevent the further commission of crime, usually by separating the offender from society through incarceration. It is plain from the preceding analysis on general deterrence that, in this sense, specific deterrence, as a distinct factor in youth sentencing, is also excluded under s. 50(1) and cannot be implied from any of the provisions of the *YCJA*. As

l'ensemble des circonstances relatives à l'infraction et au délinquant fait partie du processus de détermination de la peine. En revanche, la *LSJPA* n'autorise pas le recours à la dissuasion générale dans le but de justifier l'imposition d'une sanction plus sévère que celle qui est nécessaire pour la réadaptation et la réinsertion sociale de *l'adolescent qui se trouve devant le tribunal*, et pour le faire répondre de l'infraction commise.

3.5 *Dissuasion spécifique*

39 Dans les présents pourvois, on s'est intéressé essentiellement à la dissuasion générale, et non à la dissuasion spécifique. Comme je l'ai mentionné précédemment, la dissuasion spécifique concerne le délinquant devant le tribunal. En tant que principe de détermination de la peine, elle vise à empêcher que ce délinquant commette d'autres infractions criminelles. Envisagée d'une façon large, la dissuasion spécifique peut coïncider dans une large mesure avec les autres objectifs de la peine. De fait, la meilleure façon d'éviter la récidive du jeune délinquant réside sans doute dans sa réadaptation et sa réinsertion sociale. Toutefois, le nouveau régime de détermination de la peine ne mentionne pas la dissuasion spécifique comme facteur distinct à prendre en compte. Le législateur a plutôt spécifiquement et expressément énoncé les moyens à employer pour empêcher le délinquant de récidiver : supprimer les causes sous-jacentes à la criminalité chez l'adolescent en veillant à sa réadaptation ainsi qu'à sa réinsertion sociale et limiter aux crimes les plus graves les sanctions consistant dans le placement sous garde. À mon avis, on ne gagnerait rien à tenter d'intégrer la dissuasion spécifique à titre de facteur distinct dans le nouveau régime en considérant qu'elle en fait implicitement partie.

40 Prise dans son sens plus étroit, la dissuasion spécifique commande la neutralisation du délinquant pour empêcher toute récidive, ce qui se fait habituellement en isolant le délinquant de la société au moyen de l'incarcération. L'analyse de la dissuasion générale qui précède a clairement montré que, en ce sens, la dissuasion spécifique, en tant que facteur distinct relatif à la détermination de la peine pour les adolescents, est elle aussi exclue en vertu

reviewed in detail by this Court in *C.D.*, Parliament has imposed specific restrictions on the imposition of custodial sentences. It is those provisions that must govern.

41 For these reasons, I conclude that deterrence, general or specific, is not a principle of sentencing under the *YCJA*.

4. Custody and Supervision Orders Under Section 42(2)(*o*)

42 This leaves the additional issue in *B.W.P.* concerning the respective duration of the custody and supervision portions of an order made under s. 42(2)(*o*). As noted earlier, B.W.P. was sentenced to a 15-month custody and supervision order under s. 42(2)(*o*) for the offence of manslaughter. At the time of sentencing, he had spent 108 days in pretrial custody. The Crown sought a custody and supervision order of 12 to 15 months, with an open custody period of not less than two-thirds of the 15 months. The Crown argued that the youth sentencing judge had no discretion but to impose at least two-thirds of the sentence in custody. In support of its position, the Crown argued that ss. 42(2)(*n*) and 42(2)(*o*) must be read together, thereby ensuring that offenders sentenced under the latter provision spend at least as significant a portion of the sentence in a custodial setting. This interpretation was rejected by the courts below and, in my view, correctly so.

43 Section 42(2)(*o*) only applies to offences of manslaughter, attempted murder and aggravated sexual assault. Under its terms, the custody and supervision order cannot exceed three years; however, there is no restriction on what part of the time can be spent in a custodial setting. Indeed, nothing is

du par. 50(1) et ne découle implicitement d'aucune disposition de la *LSJPA*. Comme il ressort de l'analyse approfondie faite par notre Cour dans l'arrêt *C.D.*, le législateur a établi des restrictions particulières quant à l'infliction de peines comportant le placement sous garde. Ce sont ces dispositions qui doivent être appliquées.

Pour ces motifs, je conclus que la dissuasion — générale ou spécifique — ne constitue pas un principe de détermination de la peine sous le régime de la *LSJPA*.

4. Ordonnances de placement et de surveillance en application de l'al. 42(2)*o*)

Il ne reste plus qu'à trancher l'autre question soulevée dans l'affaire *B.W.P.*, à savoir celle concernant la durée respective de la période de garde et de la période de surveillance prévues dans l'ordonnance prise en vertu de l'al. 42(2)*o*). Rappelons que B.W.P. s'est vu imposer, en vertu de l'al. 42(2)*o*), une peine de placement et de surveillance de 15 mois pour l'infraction d'homicide involontaire coupable. Au moment du prononcé de la peine, il avait purgé 108 jours de maintien sous garde avant le procès. Le ministère public avait demandé une ordonnance de placement et de surveillance d'une durée de 12 à 15 mois, la période de garde en milieu ouvert ne devant pas être inférieure aux deux tiers des 15 mois. Il estimait que le juge chargé de la détermination de la peine de l'adolescent n'avait pas d'autre choix que d'imposer le placement sous garde pour au moins les deux tiers de la peine. À l'appui de sa thèse, le ministère public a soutenu que les al. 42(2)*n*) et 42(2)*o*) doivent être lus en corrélation, de façon à assurer que les délinquants condamnés en vertu de la seconde disposition purgent une partie au moins aussi importante de leur peine en milieu sous garde. Cette interprétation a, à juste titre selon moi, été rejetée par les tribunaux inférieurs.

L'alinéa 42(2)*o*) s'applique uniquement aux infractions d'homicide involontaire coupable, de tentative de meurtre et d'agression sexuelle grave. Il précise que l'ordonnance de placement et de surveillance ne peut excéder trois ans; on n'y trouve cependant aucune restriction en ce qui concerne la

said about the respective duration of the custody and supervision portions of the order. The provision reads as follows:

42. . . .

(2) . . .

(*o*) in the case of an offence set out in subparagraph (*a*)(ii), (iii) or (iv) of the definition "presumptive offence" in subsection 2(1), make a custody and supervision order in respect of the young person for a specified period not exceeding three years from the date of committal that orders the young person to be committed into a continuous period of custody for the first portion of the sentence and, subject to subsection 104(1) (continuation of custody), to serve the remainder of the sentence under conditional supervision in the community in accordance with section 105;

By contrast, under s. 42(2)(*n*), a custody and supervision order cannot exceed two years (three years for those offences which are subject to a maximum sentence of life imprisonment for an adult), and the supervision portion of the order must be "one half as long" as the custody portion. In other words, an offender who is subject to a s. 42(2)(*n*) order must spend two-thirds of the sentence in custody and one-third under community supervision. The provision reads as follows:

42. . . .

(2) . . .

(*n*) make a custody and supervision order with respect to the young person, ordering that a period be served in custody and that a second period — which is one half as long as the first — be served, subject to sections 97 (conditions to be included) and 98 (continuation of custody), under supervision in the community subject to conditions, the total of the periods not to exceed two years from the date of the coming into force of the order or, if the young person is found guilty of an offence for which the punishment provided by the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is imprisonment for life, three years from the date of coming into force of the order;

durée possible du placement sous garde. La disposition est en fait muette quant à la durée respective des périodes de la peine consistant dans le placement et dans la surveillance. En voici le libellé :

42. . . .

(2) . . .

o) dans le cas d'une infraction visée aux sous-alinéas *a*)(ii), (iii) ou (iv) de la définition de « infraction désignée » au paragraphe 2(1), l'imposition, par une ordonnance de placement et de surveillance, d'une peine maximale, sous réserve du paragraphe 104(1) (prolongation de la garde), de trois ans à compter de sa mise à exécution, dont une partie est purgée sous garde de façon continue et l'autre en liberté sous condition au sein de la collectivité aux conditions fixées conformément à l'article 105;

44 Il en va autrement dans le cas de l'al. 42(2)*n*). En effet, aux termes de cette disposition, la peine imposée par une ordonnance de placement et de surveillance ne peut être supérieure à deux ans (trois ans dans le cas où l'infraction est punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à vie pour les adultes), et la durée de la période de surveillance doit être « la moitié » de la période devant être purgée sous garde. En d'autres mots, le délinquant assujetti à une ordonnance fondée sur l'al. 42(2)*n*) doit purger sous garde les deux tiers de sa peine, et sous surveillance au sein de la collectivité l'autre tiers de la peine en question. Cette disposition est rédigée ainsi :

42. . . .

(2) . . .

n) l'imposition, par une ordonnance de placement et de surveillance, d'une peine maximale de deux ans à compter de sa mise à exécution ou, dans le cas où l'adolescent est déclaré coupable d'une infraction passible de l'emprisonnement à vie prévue par le *Code criminel* ou par toute autre loi fédérale, d'une peine maximale de trois ans à compter de sa mise à exécution, dont une période est purgée sous garde, laquelle est suivie d'une autre — dont la durée est la moitié de la première — à purger, sous réserve des articles 97 (conditions obligatoires) et 98 (maintien sous garde), sous surveillance au sein de la collectivité;

45 It is therefore clear from their wording that the two provisions are different. The Crown submits that Parliament's intention in not requiring that the supervision portion of the order by "one half as long" as the custody portion under s. 42(2)(*o*) was to acknowledge for the most serious offences — manslaughter, attempted murder and aggravated sexual assault — that a young offender may require to spend more time in custody than in less serious cases. I agree. However, there is nothing in s. 42(2)(*o*) to prevent the court from imposing a lesser proportion of time in actual custody if it sees fit. The Crown submits that this interpretation leads to an absurd result because it would allow a young offender to spend less time in custody when he or she commits a more serious offence. I do not find this argument persuasive. The same could be said in respect of the *Criminal Code* offence of manslaughter which, in theory, may attract a less severe sentence than other less serious offences in respect of which a minimum sentence must be imposed. What constitutes a fit sentence in any given case depends on all the circumstances. For example, in the case of the more serious offences, it may be, as was the case here, that a considerable amount of time will already have been spent in pre-trial custody. A s. 42(2)(*o*) custody and supervision order simply allows for more flexibility.

Il ressort donc du libellé de ces dispositions que celles-ci sont différentes. Le ministère public prétend que, en n'exigeant pas à l'al. 42(2)*o*) que la durée de la période de surveillance soit « la moitié » de la période devant être purgée sous garde, le législateur a reconnu que, pour les crimes les plus graves — homicide involontaire coupable, tentative de meurtre, agression sexuelle grave —, un délinquant adolescent pourrait être tenu de passer davantage de temps sous garde que pour les infractions moins graves. J'en conviens. Toutefois, rien dans le libellé de l'al. 42(2)*o*) n'empêche le tribunal d'imposer, s'il le juge à propos, une période de placement sous garde d'une durée inférieure en proportion. Le ministère public a fait valoir que cette interprétation conduit à un résultat absurde, puisqu'un adolescent délinquant qui a commis un crime grave pourrait ainsi purger une période sous garde moins longue. J'estime que cet argument n'est pas convaincant. On pourrait en dire autant de l'infraction d'homicide involontaire coupable du *Code criminel* qui, en théorie, peut entraîner une peine moins sévère que certaines infractions moins graves à l'égard desquelles une peine minimale est prescrite. La détermination de la peine appropriée dans un cas donné dépend de l'ensemble des circonstances. Pour ce qui est des crimes plus graves, par exemple, il se peut que le délinquant, comme c'est le cas en l'espèce, ait déjà été détenu pendant une période considérable avant le procès. L'ordonnance de placement et de surveillance prévue à l'al. 42(2)*o*) accorde simplement une plus grande souplesse.

46 Alternatively, the Crown argues that a custodial period of one day is inconsistent with s. 104. Under s. 104(1), the Crown may seek an extension of the period of custody in respect of an offender sentenced under s. 42(2)(*o*), (*q*) or (*r*) (but not (*n*)) who is held in custody. The application must be brought "within a reasonable time before the expiry of the custodial portion of the youth sentence". The Crown submits that, by this wording, s. 104 contemplates that the custody period will be longer than the one day that was imposed by the sentencing judge in this case. I see no merit to this argument and would dispose of it summarily as did Hamilton J.A. in the Manitoba Court of Appeal:

À titre subsidiaire, le ministère public plaide que l'imposition d'une période de placement sous garde d'un jour est incompatible avec l'art. 104. En vertu du par. 104(1), le procureur général peut présenter une demande en vue d'obtenir le maintien sous garde d'un délinquant détenu en vertu d'une peine imposée en application de l'al. 42(2)*o*), *q*) ou *r*) (mais non de l'al. *n*)). La demande doit être présentée « dans un délai raisonnable avant l'expiration de la période de garde ». Le ministère public soutient que, de par son libellé, l'art. 104 envisage une période de garde plus longue que la période d'une journée imposée en l'espèce par le juge ayant prononcé la peine. Cet argument me semble sans fondement et je l'écarterais sommairement, comme l'a fait la juge Hamilton, de la Cour d'appel du Manitoba :

The Crown's right to make application for a continuation of custody is dependent on the young person being in custody. In other words, if a young person is not "held in custody" then s. 104(1) does not apply. One must look directly to s. 42(2) for any requirements for custody, not indirectly through s. 104(1). [para. 70]

[TRADUCTION] Le droit du ministère public de présenter une demande de maintien sous garde est tributaire du fait que l'adolescent soit déjà sous garde. En d'autres termes, si l'adolescent n'est pas « tenu sous garde », le par. 104(1) n'est pas applicable. Il convient de se reporter directement au par. 42(2) en ce qui concerne les exigences relatives au placement sous garde, et non pas de façon indirecte, par le truchement du par. 104(1). [par. 70]

Finally, the Crown argues that a one-day custodial sentence is inconsistent with s. 105 which requires that a young person who is held in custody under a s. 42(2)(*o*), (*q*) or (*r*) order be brought before the court at least one month prior to the expiry of the custodial portion to set out the conditions of their conditional supervision. Again here, I reach the same conclusion as Hamilton J.A. The purpose of s. 105 is to "ensure the conditions are appropriate for the young person at the time of release" (para. 71). As she stated, "a one-day custody period cannot be prohibited on the basis that [a] young person is entitled to one month's notice under s. 105. The effect of a one-day custody period simply makes the procedure under s. 105 unnecessary" (para. 71).

47 Enfin, le ministère public affirme qu'une peine de placement sous garde d'une journée est incompatible avec l'art. 105, selon lequel l'adolescent tenu sous garde en raison d'une ordonnance imposée en application de l'al. 42(2)*o*), *q*) ou *r*) doit être amené devant le tribunal au moins un mois avant l'expiration de la période de garde pour que le tribunal fixe les conditions dont est assortie sa mise en liberté sous condition. Là encore, j'arrive à la même conclusion que la juge Hamilton de la Cour d'appel. L'objectif de l'art. 105 est de [TRADUCTION] « s'assurer que les conditions sont appropriées pour l'adolescent au moment de la mise en liberté » (par. 71). Comme a déclaré la juge, [TRADUCTION] « une période de placement sous garde d'une journée ne peut être écartée au motif que l'adolescent a droit à un préavis d'un mois en vertu de l'art. 105. L'imposition d'une période de maintien sous garde d'une journée rend simplement inutile la procédure prévue à l'art. 105 » (par. 71).

5. Conclusion

5. Conclusion

For these reasons, I conclude that the Manitoba courts were correct in finding that general deterrence is not a relevant factor in sentencing under the *YCJA*. They were also correct in their interpretation of s. 42(2)(*o*). I would therefore dismiss the Crown's appeal in *B.W.P.*

48 Pour ces motifs, j'estime que les tribunaux du Manitoba ont eu raison de conclure que la dissuasion générale ne constitue pas un facteur pertinent pour la détermination de la peine sous le régime de la *LSJPA*. Leur interprétation de l'al. 42(2)*o*) était également bien fondée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public à l'encontre de la décision *B.W.P.*

As stated at the outset, I see no reason to interfere with the sentence imposed in *B.V.N.* While the British Columbia courts erred in considering general deterrence as a principle of sentencing, this factor did not play a significant role in the determination of the sentence, which has now

49 Comme je l'ai indiqué au départ, je ne vois aucun motif justifiant de modifier la peine imposée dans l'affaire *B.V.N.* Bien que les tribunaux de la Colombie-Britannique aient commis une erreur en considérant la dissuasion générale comme un principe de détermination de la peine, ce facteur n'a

essentially become moot. I would also dismiss B.V.N.'s appeal.

pas joué un rôle important dans la détermination de la peine, et la question est devenue essentiellement théorique. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi de B.V.N.

Appeals dismissed.

Pourvois rejetés.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen: Manitoba Justice, Winnipeg.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the appellant B.V.N.: Smart & Williams, Vancouver.

Procureurs de l'appelant B.V.N. : Smart & Williams, Vancouver.

Solicitors for the respondent B.W.P.: Brodsky & Company, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé B.W.P. : Brodsky & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Ministère du Procureur général, Vancouver.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law : Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitor for the intervener the Youth Criminal Defence Office: Youth Criminal Defence Office, Edmonton.

Procureur de l'intervenant Youth Criminal Defence Office : Youth Criminal Defence Office, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Rogers Communications Incorporated *Appellant*

v.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen

Rogers Communications Incorporated *Appelante*

c.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen

Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young and National Trust Company *Respondents*

and

National Trust Company *Appellant*

v.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila

Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young et Compagnie Trust National *Intimés*

et

Compagnie Trust National *Appelante*

c.

Sandra Buschau, Sharon M. Parent, Albert Poy, David Allen, Eileen Anderson, Christine Ash, Frederick Scott Atkinson, Jaspal Badyal, Mary Balfry, Carolyn Louise Barry, Raj Bhamber, Evelyn Bishop, Deborah Louise Bissonnette, George Boshko, Colleen Burke, Brian Carroll, Lynn Cassidy, Florence K. Colbeck, Peter Colistro, Ernest A. Cottle, Ken Dann, Donna de Freitas, Terry Dewell, Katrin Dolemeyer, Elizabeth Engel, Karen Engleson, George Fierheller, Joan Fisher, Gwen Ford, Don R. Fraser, Mabel Garwood, Cheryl Gervais, Rose Gibb, Roger Gilodo, Murray Gjernes, Daphne Goode, Karen L. Gould, Peter James Hadikin, Marian Heibloem-Reeves, Thomas Hobley, John Iannantuoni, Vincent A. Iannantuoni, Ron Inglis, Mehroon Janmohamed, Michael J. Jervis, Marlyn Kellner, Karen Kilba, Douglas James Kilgour, Yoshinori Koga, Martin Kosuljandic, Ursula M. Kreiger, Wing Lee, Robert Leslie, Thomas A. Lewthwaite, Holly Li, David Liddell, Rita Lim, Betty C. Lloyd, Rob Lowrie, Che-Chung Ma, Jennifer MacDonald, Robert John MacLeod, Sherry M. Madden, Tom Makortoff, Fatima Manji, Edward B. Mason, Glenn A. McFarlane, Onagh Metcalfe, Dorothy Mitchell, Shirley C. T. Mui, William Neal, Katherine Sheila

Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young and Rogers Communications Incorporated *Respondents*

Nimmo, Gloria Paiement, Lynda Pasacreta, Barbara Peake, Vera Piccini, Inez Pinkerton, Dave Podworny, Doug Pontifex, Victoria Prochaska, Frank Radelja, Gale Rauk, Ruth Roberts, Ann Louise Rodgers, Clifford James Roe, Pamela Mamon Roe, Delores Rose, Sabrina Roza-Pereira, Sandra Rybchinsky, Kenneth T. Salmond, Marie Schneider, Alexander C. Scott, Inderjeet Sharma, Hugh Donald Shiel, Michael Shirley, George Allen Short, Glenda Simoncioni, Norm Smallwood, Gilles A. St. Dennis, Geri Stephen, Grace Isobel Stone, Mari Tsang, Carmen Tuvera, Sheera Waisman, Margaret Watson, Gertrude Westlake, Robert E. White, Patricia Jane Whitehead, Aileen Wilson, Elaine Wirtz, Joe Wuychuk, Zlatka Young et Rogers Communications Incorporated *Intimés*

INDEXED AS: BUSCHAU *v.* ROGERS COMMUNICATIONS INC.

Neutral citation: 2006 SCC 28.

File No.: 30462.

2005: November 15; 2006: June 22.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

RÉPERTORIÉ : BUSCHAU *c.* ROGERS COMMUNICATIONS INC.

Référence neutre : 2006 CSC 28.

N° du greffe : 30462.

2005 : 15 novembre; 2006 : 22 juin.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Pensions — Pension plan — Trust — Termination — Pension plan indicating that trust surplus to be distributed amongst remaining pension plan members in event of termination — Pension plan and trust agreement not providing for termination of trust by pension plan members — Whether members can rely on rule in Saunders v. Vautier to terminate trust — Whether recourse available to members under federal pension benefits standards legislation — Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 29(2), (11).

The individual respondents are members of a pension plan ("Plan"). The Plan and the trust were

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

Pensions — Régime de retraite — Fiducie — Cessation — Régime de retraite indiquant que, en cas de cessation, le surplus de la fiducie sera réparti entre les participants au régime de retraite restants — Régime de retraite et convention de fiducie ne prévoyant pas que les participants au régime de retraite peuvent mettre fin à la fiducie — Les participants peuvent-ils invoquer la règle de Saunders c. Vautier pour mettre fin à la fiducie? — Ont-ils un recours en vertu de la loi fédérale sur les normes de prestation de pension? — Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.), art. 29(2), (11).

Les personnes intimées sont des participants à un régime de retraite (« régime »). Le régime et la fiducie

established in 1974 as a defined benefit plan funded solely by the employer for the benefit of employees of a company that RCI acquired in 1980. It provided that, in the event of termination, the surplus remaining in the trust was to be distributed amongst the remaining members, but neither the trust agreement nor the Plan provided, at any time, for termination of the trust by employees. The Plan developed a large actuarial surplus. In 1981, RCI amended the Plan so that any surplus funds remaining on termination would revert to RCI and, in 1984, it closed the Plan to new employees. RCI began taking contribution holidays the following year and was refunded $968,285 from the surplus. In 1992, it merged the Plan retroactively with other RCI pension plans. The Plan members initiated a first action against RCI and the Court of Appeal concluded (1) that the merger was valid but did not affect the existence of the Plan trust as a separate trust; and (2) that the members were at liberty to institute proceedings to terminate the trust based on the rule in *Saunders v. Vautier*, to the extent that it was applicable. According to that rule, the terms of a trust can be varied or the trust can be terminated if all beneficiaries of the trust, being of full legal capacity, consent. The court also concluded that the members retained the right to distribution of the surplus upon termination. Relying on the common law rule, the members initiated a second action and succeeded in obtaining order terminating the Plan. The Court of Appeal set aside a part of the chambers judge's decision, finding that a court did not have the power under the *Trust and Settlement Variation Act* to consent on behalf of contingent *sui juris* beneficiaries. The court found that, provided that all the required consents were obtained, the members will be at liberty to invoke the common law rule. It also found that RCI could not amend the Plan to permit the addition of new members. Since questions could arise concerning the "mechanics" of the termination, the trustee would have to satisfy itself that all the conditions and all statutory requirements had been met.

Held: The appeal should be allowed.

Per LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: The members of the Plan cannot invoke the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the trust. That rule is not easily incorporated into the context of employment pension plans. Such plans are heavily regulated. The *Pension Benefits Standards Act, 1985* ("*PBSA*") deals

des employés d'une compagnie dont RCI a fait l'acquisition en 1980 ont été établis en 1974 sous la forme d'un régime à prestations déterminées capitalisé uniquement par l'employeur. Ce régime prévoyait que, en cas de cessation, le surplus de la caisse en fiducie serait réparti entre les participants restants, mais la convention de fiducie et le régime n'ont jamais prévu que les employés pourraient mettre fin à la fiducie. Le régime en est venu à afficher un important surplus actuariel. En 1981, RCI a modifié le régime de manière à ce que tout surplus qui resterait au moment de la cessation lui revienne et, en 1984, elle a fermé le régime aux nouveaux employés. RCI a commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations l'année suivante et a obtenu le remboursement de la somme de 968 285 $ provenant du surplus. En 1992, elle a fusionné le régime rétroactivement avec d'autres régimes de retraite de RCI. Les participants au régime ont intenté une première action contre RCI et la Cour d'appel a conclu (1) que la fusion était valide mais n'avait aucun effet sur la fiducie qui continuait d'exister comme une entité distincte, et (2) qu'il était loisible aux participants d'entamer des procédures destinées à mettre fin à la fiducie en se fondant sur la règle de *Saunders c. Vautier*, dans la mesure où elle pouvait s'appliquer. Selon cette règle, il est possible de modifier les modalités d'une fiducie ou de mettre fin à la fiducie si les bénéficiaires de la fiducie ayant la pleine capacité juridique y consentent tous. La cour a aussi décidé que les participants conservaient le droit à la répartition du surplus en cas de cessation. Invoquant la règle de common law, les participants ont intenté une deuxième action et ont réussi a obtenir une ordonnance mettant fin au régime. La Cour d'appel a annulé une partie de la décision de la juge en chambre, statuant que la *Trust and Settlement Variation Act* n'habilitait pas une cour à consentir au nom d'éventuels bénéficiaires juridiquement autonomes. La cour a décidé que les participants seraient libres d'invoquer la règle de common law pourvu que le consentement de tous les participants et bénéficiaires ait été obtenu. Elle a ajouté que RCI ne pouvait pas modifier le régime pour permettre l'adhésion de nouveaux participants. Étant donné que des questions pouvaient se poser au sujet du « processus » de cessation, la fiduciaire devrait s'assurer que toutes les conditions et toutes les exigences légales ont été respectées.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Les participants au régime ne peuvent invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie. Cette règle ne s'intègre pas facilement au contexte des régimes de retraite d'employeurs. Ces régimes sont fortement réglementés. La *Loi de 1985 sur les normes de*

extensively with the termination of plans and the distribution of assets, and it is clear from this explicit legislation that Parliament intended its provisions to displace the common law rule. To the extent that the *PBSA* provides a means to reach the distribution stage, it should prevail over the common law. Moreover, a pension trust is not a stand-alone instrument. In this case, the trust is explicitly made part of the Plan. It cannot be terminated without taking into account the Plan for which it was created and the specific legislation governing the Plan. The conclusion that the common law rule does not generally apply to traditional pension funds is reinforced by the fact that the *PBSA* provides mechanisms that protect members from inappropriate conduct by plan administrators. [2] [27-33]

The *PBSA* is not a complete code, but when it provides recourse to pension plan members, they should use it. Here, the members of the Plan want the trust fund to be collapsed and distributed directly to them, but the available recourse is subject to the provisions of the *PBSA*. The Superintendent of Financial Institutions, who is responsible for the application of the *PBSA*, is in a position to deal with issues relating to termination or winding up. He can rule on questions of both fact and law, and all parties can make appropriate recommendations to him. He is also in the best position to monitor the orderly termination of the Plan in accordance with the *PBSA*, which is a condition precedent to distribution. Because all contributions ceased in 1984, the Superintendent could consider the Plan terminated under s. 29(2), which is not limited to solvency issues, and could decide whether the facts warrant winding up the part of the RCI pension plan that relates to the Plan pursuant to s. 29(11) of the *PBSA*, which would have the effect of terminating the trust. Contribution holidays, although legitimate for funding purposes, can nevertheless be considered illegitimate if they hide an improper refusal to terminate a plan. Determining the validity of a reason given for not terminating a pension plan lies with the Superintendent and properly falls within his s. 29(2)(*a*) power. Whether RCI can amend the Plan to open it to new members is a question best left to the Superintendent. [2] [29] [35-36] [44-57]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ.: The rule in *Saunders v. Vautier* does not apply in the circumstances of this case, and any application

prestation de pension (« *LNPP* ») traite abondamment de la cessation des régimes et de la répartition de l'actif, et il ressort clairement de ce texte législatif explicite que le législateur a voulu que ses dispositions supplantent la règle de common law. Dans la mesure où elle prévoit un moyen de parvenir à l'étape de la répartition, la *LNPP* doit primer la common law. De plus, une fiducie de retraite n'est pas un instrument distinct. En l'espèce, la fiducie fait explicitement partie du régime. On ne peut y mettre fin sans tenir compte du régime pour lequel elle a été créée et de la loi particulière qui s'applique à ce régime. La conclusion que la règle de common law ne s'applique pas généralement aux caisses de retraite traditionnelles est renforcée par le fait que la *LNPP* établit des mécanismes de protection des participants contre la conduite répréhensible des administrateurs du régime. [2] [27-33]

La *LNPP* n'est pas un code exhaustif, mais lorsqu'elle offre un recours aux participants à un régime de retraite, ceux-ci devraient l'exercer. En l'espèce, les participants au régime veulent mettre fin à la caisse en fiducie et souhaitent que l'actif de la caisse soit réparti entre eux directement, mais le recours dont ils disposent est assujetti aux dispositions de la *LNPP*. Le surintendant des institutions financières, qui est responsable de l'application de la *LNPP*, est en mesure de traiter les questions de cessation ou de liquidation. Il peut trancher à la fois des questions de fait et des questions de droit, et les parties peuvent lui faire des recommandations appropriées. Il est aussi le mieux placé pour assurer la cessation ordonnée du régime conformément à la *LNPP*, qui est une condition préalable de la répartition. Étant donné qu'on a arrêté complètement de payer des cotisations en 1984, le surintendant pourrait considérer qu'il a été mis fin au régime en vertu du par. 29(2), qui ne porte pas uniquement sur des questions de solvabilité, et pourrait décider si les faits justifient la liquidation de la partie du régime de retraite de RCI qui concerne le régime conformément au par. 29(11) *LNPP*, ce qui aurait pour effet de mettre fin à la fiducie. Bien qu'elles soient légitimes aux fins de capitalisation, les périodes d'exonération de cotisations peuvent néanmoins être jugées illégitimes si elles cachent un refus injustifié de mettre fin à un régime. Il appartient au surintendant, conformément au pouvoir que lui confère l'al. 29(2)*a*), de déterminer la validité d'une raison donnée pour ne pas mettre fin à un régime de retraite. Il est de son ressort de décider si RCI peut modifier le régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants. [2] [29] [35-36] [44-57]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Charron : La règle de *Saunders c. Vautier* ne s'applique pas en l'espèce et toute demande relative à la cessation

regarding the termination of the Plan and the trust must be dealt with in accordance with the terms of the Plan and the provisions of the *PBSA*. [100]

The *PBSA* is a comprehensive statutory scheme which contains detailed provisions for the termination of pension plans and the distribution of plan assets. It recognizes that employers are generally, as in the case at bar, entitled to terminate a pension plan, but it also empowers the Superintendent of Financial Institutions to terminate such plans in specified situations, including those referred to in s. 29. The Superintendent's supervisory focus is primarily on matters affecting the solvency or the financial condition of a pension plan. There is no provision in the *PBSA* for plan beneficiaries to terminate a pension plan or for any party to terminate a trust under which pension fund contributions are held as security for the payment of plan benefits prior to, and independent of, the termination of the plan. Beneficiaries may request that the Superintendent exercise his discretionary power under s. 29(2), but he does not have a general discretion to terminate pension plans and may comply with such a request only where the stipulated pre-conditions are met. In the instant case, none of the statutory grounds for termination of the Plan are present. The words "suspension or cessation of employer contributions" in respect of the Superintendent's power to terminate a pension plan under s. 29(2)(*a*) must be construed as referring to an employer's failure to make required contributions; they do not extend to contribution holidays where the employer is relieved from making contributions by reason of a surplus in the plan. [79-88]

Because the Plan members have only a contingent interest in the trust surplus, the rule in *Saunders v. Vautier* cannot be invoked to terminate the trust. It requires that beneficiaries seeking early termination possess the sum total of vested, not contingent, interests in the trust corpus. The members do not have absolute entitlement to the surplus until the Plan and trust are terminated. Furthermore, the common law rule also requires the consent of all parties who have an interest in the trust property. Since both the *PBSA* and the Plan include survivor rights, those rights cannot be overridden by the consent of present Plan members and other beneficiaries, or by the courts. Nor can s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation Act* assist in this respect. The court does not have the power to consent on behalf of current spouses and common law partners who are of

du régime et de la fiducie doit être examinée conformément aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*. [100]

La *LNPP* est un régime législatif complet qui comporte des dispositions détaillées régissant la cessation des régimes de retraite et la répartition de leur actif. Il reconnaît que les employeurs ont généralement le droit de mettre fin à un régime de retraite, comme c'est le cas en l'espèce, mais il habilite également le surintendant des institutions financières à mettre fin à ces régimes dans des situations précises, y compris celles mentionnées à l'art. 29. La supervision assurée par le surintendant porte principalement sur les questions touchant la solvabilité ou la situation financière d'un régime de retraite. Aucune disposition de la *LNPP* ne permet aux bénéficiaires d'un régime de mettre fin à un régime de retraite ou à quiconque de mettre fin à une fiducie en vertu de laquelle des cotisations à une caisse de retraite sont détenues à titre de garantie du versement des prestations du régime, avant la cessation du régime et indépendamment de celle-ci. Les bénéficiaires peuvent demander au surintendant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 29(2), mais celui-ci n'a aucun pouvoir discrétionnaire général de mettre fin à des régimes de retraite et ne peut répondre favorablement à une telle demande que si les conditions préalables énoncées sont remplies. Aucune des raisons, prévues par la Loi, de mettre fin au régime n'existe en l'espèce. L'expression « la suspension ou l'arrêt de paiement des cotisations patronales », en ce qui concerne le pouvoir de mettre fin à un régime de retraite que l'al. 29(2)*a*) confère au surintendant, doit être interprétée comme désignant le défaut de l'employeur d'effectuer les cotisations requises; elle ne vise pas les périodes d'exonération de cotisations pendant lesquelles l'employeur est dispensé d'effectuer des cotisations en raison de l'existence d'un surplus dans le régime. [79-88]

Du fait que les participants au régime ont seulement un intérêt éventuel dans le surplus de la fiducie, la règle de *Saunders c. Vautier* ne peut pas être invoquée pour mettre fin à la fiducie. Cette règle exige que les bénéficiaires qui sollicitent la cessation anticipée possèdent tous les intérêts dévolus et non éventuels dans le capital de la fiducie. Les participants n'ont un droit absolu au surplus qu'une fois qu'il a été mis fin au régime et à la fiducie. De plus, la règle de common law exige aussi le consentement de toutes les parties ayant un intérêt dans les biens en fiducie. Étant donné que la *LNPP* et le régime incluent tous les deux les droits de survivant, ces droits conférés par la loi ne peuvent être écartés ni par le consentement des participants au régime et autres bénéficiaires actuels, ni par les tribunaux. L'alinéa 1b) de la *Trust and Settlement Variation Act* n'est pas plus

full legal capacity, nor can consent be given on behalf of unascertainable future spouses and common law partners, since the termination of the Plan would presumably not be in their best interests. [90] [98-99]

Trust law cannot in the present case prevail over the contract and the governing legislation. Applying the rule in *Saunders v. Vautier* would contradict the reasonable contractual expectations of the parties, since the terms of the Plan do not give rise to a reasonable expectation that the trust could be terminated by the members over RCI's objections so that the members might obtain the surplus. Such a result would permit members of a pension plan to vary its terms without the employer's consent. Applying the common law rule would disregard the employer's unique role in respect of the Plan and the trust, circumvent the terms of the contract at the root of the trust, and make the legislative framework irrelevant. In particular, applying it would disregard s. 29(9) and permit the termination of the Plan and the trust without the involvement of the employer as plan administrator, and without the Superintendent's approval. Finally, introducing the rule in *Saunders v. Vautier* into the private pension system would disrupt the fair and delicate balance between the interests of the employer and employees, and would be contrary to the legislative objective of encouraging the establishment and maintenance of private pension plans. [92-94] [97]

A court has no authority to assign the responsibilities of the administrator and the Superintendent to the trustee contrary to the legislative scheme, under which a process for terminating a pension plan has been established. [95]

RCI's powers of amendment were not forfeited or estopped because of the closure of the Plan. Any termination of the Plan and any amendments to it must be examined in light of to the applicable provisions of the Plan and the *PBSA*. In the special context of pension plans, employers who administer such plans on behalf of their employees must always act in accordance with the spirit, purpose and terms of the plans, and in such a way as to ensure the protection of employees' pension benefits, not to reduce, threaten or eliminate them. [102-103]

Cases Cited

By Deschamps J.

Not followed: *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **referred to:** *Schmidt v. Air Products*

utile à cet égard. La cour n'a pas le pouvoir de consentir au nom des époux et conjoints de fait actuels qui ont la pleine capacité juridique, ni en celui de futurs époux et conjoints de fait non identifiables, étant donné que la cessation du régime ne serait probablement pas dans leur intérêt. [90] [98-99]

En l'espèce, le droit des fiducies ne peut pas l'emporter sur le contrat et la loi applicable. L'application de la règle de *Saunders c. Vautier* irait à l'encontre des attentes contractuelles raisonnables des parties étant donné que les modalités du régime ne permettent pas aux participants de s'attendre raisonnablement à ce qu'en dépit des objections de RCI ils puissent mettre fin à la fiducie de manière à pouvoir toucher le surplus. Un tel résultat permettrait aux participants à un régime de retraite d'en modifier les modalités sans le consentement de l'employeur. L'application de la règle de common law ne tiendrait pas compte du rôle unique que l'employeur joue à l'égard du régime et de la fiducie, contournerait les clauses du contrat à l'origine de la fiducie et ferait perdre toute pertinence au cadre législatif. En particulier, son application ne tiendrait pas compte du par. 29(9) et permettrait de mettre fin au régime et à la fiducie sans la participation de l'employeur en tant qu'administrateur du régime et sans l'approbation du surintendant. Enfin, l'introduction de la règle de *Saunders c. Vautier* dans le système des régimes de retraite privés romprait le juste et délicat équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé, et contreviendrait à l'objectif législatif consistant à encourager l'établissement et le maintien de régimes de retraite privés. [92-94] [97]

Un tribunal n'a pas le pouvoir d'assigner à la fiduciaire les responsabilités de l'administrateur et du surintendant contrairement au régime législatif qui a établi un processus de cessation de régime de retraite. [95]

RCI n'a pas été déchue de ses pouvoirs de modification ni empêchée de les exercer en raison de la fermeture du régime. La cessation et la modification du régime doivent être examinées en fonction des dispositions applicables du régime et de la *LNPP*. En raison du contexte particulier des régimes de retraite, l'employeur qui gère un tel régime pour le compte de ses employés doit toujours en respecter l'esprit, l'objet et les modalités et se comporter de manière à préserver les prestations de retraite des employés et non de manière à les réduire, à les compromettre ou à les éliminer. [102-103]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt non suivi : *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **arrêts mentionnés :** *Schmidt*

Canada Ltd., [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Huus v. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380.

By Bastarache J.

Not followed: *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **referred to:** *Halifax School for the Blind v. Chipman*, [1937] S.C.R. 196; *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 56(1), 146(8), 147.1(11), (13).

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, ss. 8501(1), 8502.

Office of the Superintendent of Financial Institutions Act, R.S.C. 1985, c. 18 (3rd Supp.), Part I.

Pension Benefits Standards Act, S.C. 1966-67, c. 92, s. 12.

Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), ss. 2(1) "termination", "winding-up", 5, 7.4, 8(3), (10), 9(1), 9.2, 11(1), (2), 11.1, 12, 22, 29.

Pension Benefits Standards Act, 1985, S.C. 1986, c. 40.

Pension Benefits Standards Regulations, 1985, SOR/87-19, rr. 6 to 10, 16, 24.

Trust and Settlement Variation Act, R.S.B.C. 1996, c. 463, s. 1.

Trustee Act, R.S.B.C. 1996, c. 464, s. 86.

Authors Cited

Canada. Office of the Superintendent of Financial Institutions. *Guidelines to Administrators for Plan Terminations*, November 25, 1992 (rev. July 1, 1993) (online: http//:www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/eng/pension/guides/92-11-15b_e.html).

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1989.

Gillese, Eileen E. "Pension Plans and the Law of Trusts" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221.

Hayton, David J. *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. London: Butterworths, 1987.

c. Air Products Canada Ltd., [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Huus c. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt non suivi : *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482; **arrêts mentionnés :** *Halifax School for the Blind c. Chipman*, [1937] R.C.S. 196; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597.

Lois et règlements cités

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, S.C. 1986, ch. 40.

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.), art. 2(1) « cessation », « liquidation », 5, 7.4, 8(3), (10), 9(1), 9.2, 11(1), (2), 11.1, 12, 22, 29.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 56(1), 146(8), 147.1(11), (13).

Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières, L.R.C. 1985, ch. 18 (3e suppl.), partie I.

Loi sur les normes des prestations de pension, S.C. 1966-67, ch. 92, art. 12.

Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension, DORS/87-19, art. 6 à 10, 16, 24.

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 8501(1), 8502.

Trust and Settlement Variation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 463, art. 1.

Trustee Act, R.S.B.C. 1996, ch. 464, art. 86.

Doctrine citée

Canada. Bureau du surintendant des institutions financières. *Lignes directrices à l'intention des administrateurs sur la cessation des régimes de pension*, 25 novembre 1992 (rév. 1er juillet 1993) (en ligne : http//:www.osfi-bsif.gc.ca/app/DocRepository/1/fra/retraite/guides/92_11_15b_f.html).

Deaton, Richard Lee. *The Political Economy of Pensions : Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States*. Vancouver : University of British Columbia Press, 1989.

Gillese, Eileen E. « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221.

Kaplan, Ari N. *Pension Law.* Toronto: Irwin Law, 2006.
Nachshen, Gary. "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate". In Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law.* Cowansville: Yvon Blais, 1989, 59.
"Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . ." *Business & Legal Reports*, October 1, 2003 (online: http://comp.blr.com/display.cfm?id=150239).
Rienzo, Douglas. "Trust Law and Access to Pension Surplus" (2005), 25 *E.T.P.J.* 14.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

Hayton, David J. *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. London : Butterworths, 1987.
Kaplan, Ari N. *Pension Law.* Toronto : Irwin Law, 2006.
Nachshen, Gary. « Access to Pension Fund Surpluses : The Great Debate ». Dans Conférences Commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives.* Cowansville : Yvon Blais, 1989, 59.
« Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . . », *Business & Legal Reports*, 1er octobre 2003 (en ligne : http://comp.blr.com/display.cfm?id=150239).
Rienzo, Douglas. « Trust Law and Access to Pension Surplus » (2005), 25 *E.T.P.J.* 14.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Thackray JJ.A.) (2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 236 D.L.R. (4th) 18, [2004] 5 W.W.R. 10, 6 E.T.R. (3d) 236, 193 B.C.A.C. 258, 316 W.A.C. 258, 39 C.C.P.B. 247, [2004] B.C.J. No. 297 (QL), 2004 BCCA 80, and (2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 239 D.L.R. (4th) 610, [2004] 7 W.W.R. 218, 9 E.T.R. (3d) 221, 197 B.C.A.C. 279, 323 W.A.C. 279, [2004] B.C.J. No. 991 (QL), 2004 BCCA 282, with supplementary reasons (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 248, 241 D.L.R. (4th) 766, [2005] 2 W.W.R. 67, 197 B.C.A.C. 279 at 287, 323 W.A.C. 279 at 287, [2004] B.C.J. No. 1321 (QL), 2004 BCCA 369, reversing decisions of Loo J. (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 44 E.T.R. (2d) 177, 30 C.C.P.B. 167, [2002] B.C.J. No. 865 (QL), 2002 BCSC 624, and (2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, [2003] 7 W.W.R. 341, 35 C.C.P.B. 199, [2003] B.C.J. No. 1025 (QL), 2003 BCSC 683, granting an application for termination of a pension plan. Appeal allowed.

Irwin G. Nathanson, Q.C., and *Stephen R. Schachter, Q.C.*, for the appellant/respondent Rogers Communications Inc.

Jennifer J. Lynch and *Joanne Lysyk*, for the appellant/respondent National Trust Co.

John N. Laxton, Q.C., and *Robert D. Gibbens*, for the respondents Sandra Buschau et al.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Thackray) (2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 236 D.L.R. (4th) 18, [2004] 5 W.W.R. 10, 6 E.T.R. (3d) 236, 193 B.C.A.C. 258, 316 W.A.C. 258, 39 C.C.P.B. 247, [2004] B.C.J. No. 297 (QL), 2004 BCCA 80, et (2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 239 D.L.R. (4th) 610, [2004] 7 W.W.R. 218, 9 E.T.R. (3d) 221, 197 B.C.A.C. 279, 323 W.A.C. 279, [2004] B.C.J. No. 991 (QL), 2004 BCCA 282, avec motifs supplémentaires (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 248, 241 D.L.R. (4th) 766, [2005] 2 W.W.R. 67, 197 B.C.A.C. 279, p. 287, 323 W.A.C. 279, p. 287, [2004] B.C.J. No. 1321 (QL), 2004 BCCA 369, qui a infirmé des décisions de la juge Loo (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 44 E.T.R. (2d) 177, 30 C.C.P.B. 167, [2002] B.C.J. No. 865 (QL), 2002 BCSC 624, et (2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, [2003] 7 W.W.R. 341, 35 C.C.P.B. 199, [2003] B.C.J. No. 1025 (QL), 2003 BCSC 683, qui a accueilli une demande de cessation d'un régime de retraite. Pourvoi accueilli.

Irwin G. Nathanson, c.r., et *Stephen R. Schachter, c.r.*, pour l'appelante/intimée Rogers Communications Inc.

Jennifer J. Lynch et *Joanne Lysyk*, pour l'appelante/intimée la Compagnie Trust National.

John N. Laxton, c.r., et *Robert D. Gibbens*, pour les intimés Sandra Buschau et autres.

The judgment of LeBel, Deschamps, Fish and Abella was delivered by

1 DESCHAMPS J. — The 112 respondents are pension plan members who have been litigating for over 10 years to gain access to their pension trust fund. This case is about whether and how the fund can be distributed to them.

2 By 2002, the plan for which the trust was created, the Premier pension plan ("Plan"), had a surplus evaluated at $11 million. The Supreme Court and the Court of Appeal for British Columbia accepted the members' arguments and found that the trust used to fund the Plan ("Trust" or "Premier Trust") could be collapsed under the common law rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.). According to that rule, the terms of a trust can be varied or the trust can be terminated if all beneficiaries of the trust, being of full legal capacity, consent. For the reasons that follow, I am of the view that the common law rule does not apply to the Trust in the case at bar. The context and the purpose of pension plans do not generally lend themselves well to the common law rule. Moreover, a pension trust is not a stand-alone instrument. The Trust is explicitly made part of the Plan. It cannot be terminated without taking into account the Plan for which it was created and the specific legislation governing the Plan. Any recourse available to the members here is subject to the provisions of a federal statute, the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) ("*PBSA*"). In my view, the Superintendent of Financial Institutions ("Superintendent"), who is responsible for the application of the *PBSA*, is in a position to resolve the impasse that the members would face if the interpretation suggested by my colleague Bastarache J. were adopted.

3 In order to explain the particular context in which the termination of the Trust is sought, a few

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Fish et Abella rendu par

1 LA JUGE DESCHAMPS — Les 112 intimés sont des participants à un régime de retraite (« participants ») qui, depuis 10 ans, tentent par voie judiciaire d'avoir accès à leur caisse de retraite détenue en fiducie. Il s'agit, en l'espèce, de décider si l'actif de la caisse peut être réparti entre eux, et de quelle façon il peut l'être.

2 Dès 2002, le régime pour lequel la fiducie a été créée, à savoir le régime de retraite de Premier (« Régime »), affichait un surplus évalué à 11 millions de dollars. La Cour suprême et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont retenu les arguments des participants et ont conclu qu'il pouvait être mis fin à la fiducie utilisée pour la capitalisation du Régime (« fiducie » ou « fiducie de Premier »), en application de la règle de common law établie dans *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.). Selon cette règle, il est possible de modifier les modalités d'une fiducie ou de mettre fin à la fiducie si les bénéficiaires de la fiducie ayant la pleine capacité juridique y consentent tous. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la règle de common law ne s'applique pas à la fiducie en cause dans la présente affaire. En général, le contexte et l'objet des régimes de retraite ne se prêtent pas bien à l'application de la règle de common law. De plus, une fiducie de retraite n'est pas un instrument distinct. La fiducie fait explicitement partie du Régime. On ne peut y mettre fin sans tenir compte du régime pour lequel elle a été créée et de la loi particulière qui s'applique à ce régime. En l'espèce, tout recours ouvert aux participants est assujetti aux dispositions d'une loi fédérale, à savoir la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2^{e} suppl.) (« *LNPP* »). Selon moi, le surintendant des institutions financières (« surintendant »), qui est responsable de l'application de la *LNPP*, est en mesure de dénouer l'impasse dans laquelle les participants se trouveraient si l'interprétation préconisée par mon collègue le juge Bastarache était retenue.

3 Pour expliquer le contexte particulier dans lequel la cessation de la fiducie est demandée, il

facts will have to be elicited to situate the dispute between the members and their former employer. Then, to explain why the common law rule does not apply, it will be useful to briefly review pension plans in general and the Plan itself. Finally, I will comment on the relevant provisions of the *PBSA* that would allow the members to make a proper request to the Superintendent.

I. Facts

The Plan was established in 1974 for the employees of Premier Communication Ltd. It provides for defined benefits and is funded by the employer only. It states that the company expects to continue the Plan indefinitely, but that in the event of termination, the surplus remaining in the trust fund is to be distributed amongst the remaining members:

GENERAL RULE SEVEN – AMENDMENT OR TERMINATION OF PLAN

. . .

2. While the Company expects to continue the Plan indefinitely, it must and does reserve the right to terminate the Plan, if, at any time in the future, conditions should arise that indicate the necessity of such action.

   In the event of the termination of the Plan, the benefits being paid to Retired Members will be continued as provided for under the terms and provisions of the Plan. The balance of assets remaining in the Trust Fund, after all liabilities to Retired Members have been satisfied, will be distributed by the Committee among the remaining Members on the basis required under the provisions of Section 12 of the Pension Benefits Standards Act.

In 1980, Rogers Cablesystems Inc. (which later became Rogers Communications Inc. ("Rogers")) acquired Premier Communication Ltd. In September 1983, the Plan's actuary was of the view that a surplus evaluated at approximately $800,000 could be used to improve benefits for members. On April 12, 1984, the actuary actually

sera nécessaire de relater quelques faits permettant de situer le litige opposant les participants à leur ancien employeur. Ensuite, afin d'expliquer pourquoi la règle de common law ne s'applique pas, il sera utile d'examiner brièvement la question des régimes de retraite en général et le Régime lui-même. Enfin, je formulerai des observations sur les dispositions de la *LNPP* qui permettraient aux participants de présenter une demande légitime au surintendant.

I. Les faits

4 Le régime des employés de Premier Communication Ltd. a été établi en 1974. Il s'agit d'un régime à prestations déterminées capitalisé uniquement par l'employeur. Il prévoit que la compagnie s'attend à ce qu'il subsiste indéfiniment, mais que, en cas de cessation, le surplus de la caisse en fiducie sera réparti entre les participants restants :

[TRADUCTION]

SEPTIÈME RÈGLE GÉNÉRALE – MODIFICATION OU CESSATION DU RÉGIME

. . .

2. Bien que la compagnie s'attende à ce que le régime subsiste indéfiniment, elle doit se réserver, et par les présentes se réserve, le droit de mettre fin au régime si jamais des conditions commandent d'y mettre fin.

   En cas de cessation du régime, les prestations versées aux participants retraités seront maintenues conformément aux modalités et aux dispositions du régime. Après que toutes les dettes envers les participants retraités auront été acquittées, le comité répartira entre les autres participants l'actif restant de la caisse en fiducie, conformément aux dispositions de l'article 12 de la Loi sur les normes de prestation de pension.

5 En 1980, Rogers Cablesystems Inc. (devenue par la suite Rogers Communications Inc. (« Rogers »)) fait l'acquisition de Premier Communication Ltd. En septembre 1983, l'actuaire du Régime estime qu'un surplus évalué à environ 800 000 $ peut servir à bonifier les prestations des participants. Le 12 avril 1984, l'actuaire recommande effectivement

recommended improvements to the benefits. The actuary was replaced on May 22, 1984. On July 1, 1984, the Plan was closed to future employees. On July 11, 1984, Rogers asked the then trustee, Canada Trust, for a refund of part of its contributions. Canada Trust required a legal opinion before doing so. On October 31, 1984, Canada Trust was replaced by National Trust. On July 15, 1985, Rogers requested that the new trustee, National Trust, refund $968,285 to it, which National Trust did. By December 31, 1986, Rogers had also taken contribution holidays evaluated at $842,000. In December 1992, Rogers amended the Plan to merge it retroactively with four other pension plans in the Rogers Communications Inc. Pension Plan ("RCI Plan"). The views of the employees with respect to such a merger were known to Rogers, as can be seen from an internal memorandum dated July 16, 1990:

de bonifier les prestations. Cet actuaire est remplacé le 22 mai 1984. Le 1er juillet 1984, le Régime est fermé aux futurs employés. Le 11 juillet 1984, Rogers demande à la fiduciaire d'alors, Canada Trust, de lui rembourser une partie de ses cotisations. Canada Trust estime devoir bénéficier d'un avis juridique avant de le faire. Le 31 octobre 1984, Canada Trust est remplacée par la Compagnie Trust National (« Trust National »). Le 15 juillet 1985, Rogers demande à la nouvelle fiduciaire, Trust National, de lui rembourser 968 285 $, ce que fait Trust National. Dès le 31 décembre 1986, Rogers s'accorde également des périodes d'exonération de cotisations évaluées à 842 000 $. En décembre 1992, Rogers modifie le Régime pour le fusionner rétroactivement avec quatre autres régimes de retraite dans le régime de retraite de Rogers Communications Inc. (« régime de RCI »). Comme l'indique une note de service interne datée du 16 juillet 1990, Rogers connaît le point de vue des employés au sujet de cette fusion :

> It is clear that [the Premier employee representative] is not in favour of folding the Premier Plan into the RCI plan unless we can show clear benefit (unlikely scenario).

> [TRADUCTION] Il est clair que [le représentant des employés de Premier] n'est pas en faveur de la fusion du régime de Premier avec le régime de RCI, à moins que nous puissions démontrer l'existence d'un avantage évident (ce qui est peu vraisemblable).

6 The long-term goal pursued by Rogers with respect to the Plan is stated in another internal memorandum dated April 22, 1993:

L'objectif à long terme que Rogers poursuit quant au Régime est exposé dans une autre note de service interne datée du 22 avril 1993 :

> You asked for an update on the status of the Premier Pension Plan. As you are aware, our objectives related to this plan were (i) to get at the surplus the plan had and (ii) minimize our administration (i.e. eliminate an audited statement and an annual regulatory filing, etc.).
>
> We were able to accomplish the objectives above by the amalgamation of all of the defined benefit plans into one plan. Therefore, the need to do anything further was redundant.

> [TRADUCTION] Vous avez demandé de faire le point sur le régime de retraite de Premier. Comme vous le savez, nos objectifs concernant ce régime étaient (i) d'avoir accès au surplus du régime et (ii) de réduire au minimum notre gestion (c'est-à-dire éliminer un état financier vérifié et un dépôt annuel réglementaire, etc.).
>
> Nous avons pu atteindre les objectifs susmentionnés en combinant tous les régimes à prestations déterminées en un seul régime. En conséquence, toute autre mesure devenait superflue.

7 The members initiated the litigation against Rogers in 1995. They requested the return of the trust funds paid to Rogers in 1985 and a declaration that the funds belonged to them. The trial judge dismissed the claim on most of the issues ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125). The members appealed. The Court of Appeal found that trust law imports its

Les participants entament les procédures judiciaires contre Rogers en 1995. Ils demandent la restitution des fonds en fiducie qui ont été versés à Rogers en 1985 et un jugement déclarant que ces fonds leur appartiennent. Le juge de première instance rejette leur demande à presque tous égards ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125). Les participants

own rules that apply in addition to, and in precedence over, the law of contract and the rules of construction of contracts. To this extent and in view of Rogers' concession that the merger was not complete as regards the Plan, members of the Plan retained rights that were distinct from those of members of the other plans that had been merged with it in the RCI Plan. The Court of Appeal concluded that the merger of the Plan with the RCI Plan was valid but did not affect the existence of the Trust as a separate trust. The members were also at liberty to institute proceedings to terminate the Trust based on the rule in *Saunders v. Vautier* or on the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463, to the extent that either may be applicable. The Court of Appeal held that the employer's withdrawal of substantial funds from the surplus in 1985, which was admitted to have been in breach of trust, had been properly repaid to the trustee. Thus, the Plan's members retained the right to distribution of the surplus upon termination ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 ("*Buschau No. 1*"), at paras. 63-68). This Court denied leave to appeal that decision, [2001] 2 S.C.R. vii.

interjettent appel. La Cour d'appel conclut que le droit des fiducies fait intervenir ses propres règles qui s'appliquent en sus du droit des contrats et des règles d'interprétation des contrats et qui les priment. Dans cette mesure et compte tenu du fait que Rogers a concédé que la fusion n'était pas complète quant au Régime, les participants au Régime conservent des droits distincts de ceux des participants aux autres régimes qui ont été fusionnés avec le leur dans le régime de RCI. La Cour d'appel statue que la fusion du Régime avec le régime de RCI est valide, mais qu'elle n'a aucun effet sur la fiducie qui continue d'exister comme une entité distincte. Il est également loisible aux participants d'entamer des procédures destinées à mettre fin à la fiducie en se fondant soit sur la règle de *Saunders c. Vautier* soit sur la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463, dans la mesure où l'une ou l'autre peut s'appliquer. La Cour d'appel décide que les sommes importantes que l'employeur a retirées du surplus en 1985, retrait que celui-ci a admis avoir fait en violation d'une obligation fiduciaire, ont été dûment remboursées à la fiduciaire. Ainsi, les participants au Régime conservent le droit à la répartition du surplus en cas de cessation ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 (« *Buschau n^o 1* »), par. 63-68). Notre Cour refuse l'autorisation d'appeler de cette décision, [2001] 2 R.C.S. vii.

In 2001, the members applied to the Supreme Court of British Columbia for an order terminating the Plan. Loo J. ordered termination on the basis that the rule in *Saunders v. Vautier* was applicable and that s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation Act* provided the court with the jurisdiction to consent on behalf of those missing beneficiaries who were *sui juris* ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624). Rogers appealed. 8

En 2001, les participants demandent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance mettant fin au Régime. La juge Loo ordonne la cessation pour le motif que la règle de *Saunders c. Vautier* s'applique et que l'al. 1b) de la *Trust and Settlement Variation Act* donne à la cour compétence pour consentir au nom des bénéficiaires juridiquement autonomes manquants ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624). Rogers interjette appel.

The Court of Appeal found that the members were at liberty to invoke the rule in *Saunders v. Vautier* provided that the consents of all members and beneficiaries had been obtained. It set aside a part of the chambers judge's decision based on the *Trust and Settlement Variation Act*, finding that a court did not have the power to consent on behalf of contingent *sui juris* beneficiaries. However, it 9

La Cour d'appel conclut que les participants sont libres d'invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pourvu que le consentement de tous les participants et bénéficiaires ait été obtenu. Elle annule une partie de la décision que la juge en chambre a rendue en se fondant sur la *Trust and Settlement Variation Act*, statuant qu'une cour n'a pas le pouvoir de consentir au nom d'éventuels bénéficiaires

provided the members with an opportunity to show that all the required consents had been obtained ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 ("*Buschau No. 2*")). After receiving additional evidence and representation, the Court of Appeal found that the rule in *Saunders v. Vautier* could operate to terminate the trust. It recognized that questions could arise concerning the "mechanics" of the termination, but it was of the opinion that the trustee would have to satisfy itself that "[all] the conditions have been met and that all statutory requirements — including the payment of applicable taxes — have been complied with" before distributing the trust assets ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 ("*Buschau No. 3*"), at para. 17). Rogers and the trustee appealed to this Court.

10 Rogers submits that the rule in *Saunders v. Vautier* does not apply. National Trust does not take issue with the Court of Appeal's order inasmuch as it determines the rights of Rogers or of the members. However, the trustee claims that the order places it in an untenable position by devolving upon it the authority and legal responsibility to give effect to and administer the termination of the Premier Trust, although this authority is not provided for by the terms of the Trust or by statute. The members maintain that the rule in *Saunders v. Vautier* applies but argue, in the alternative, that Rogers should terminate the Plan pursuant to its fiduciary duty under the *PBSA*. At the end of the hearing before this Court, the parties were asked to provide their views on the application of the *PBSA* to the termination of a plan by the Superintendent. Rogers takes the position that the Superintendent does not have the right to terminate the Plan because his role is limited to solvency issues. The members submit that the Superintendent has a discretionary power and that, as a result, they do not have a clear recourse. In their view, the rule in *Saunders v. Vautier* is not ousted by the *PBSA*.

11 It is clear from the history of the litigation that some of the issues are now *res judicata*. One of

juridiquement autonomes. Toutefois, elle donne aux participants la possibilité de démontrer que tous les consentements requis ont été obtenus ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (« *Buschau n^o 2* »)). Après avoir obtenu des éléments de preuve et des observations supplémentaires, la Cour d'appel décide que la règle de *Saunders c. Vautier* peut être appliquée pour mettre fin à la fiducie. Elle reconnaît que des questions peuvent se poser au sujet du [TRADUCTION] « processus » de cessation, mais elle estime que la fiduciaire doit s'assurer que [TRADUCTION] « [toutes] les conditions ont été remplies et toutes les exigences légales — dont le paiement des taxes applicables — ont été respectées » avant de répartir l'actif de la fiducie ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (« *Buschau n^o 3* »), par. 17). Rogers et la fiduciaire interjettent appel devant notre Cour.

Rogers soutient que la règle de *Saunders c. Vautier* ne s'applique pas. Trust National ne conteste pas l'ordonnance de la Cour d'appel dans la mesure où elle détermine les droits de Rogers ou des participants. La fiduciaire fait cependant valoir que cette ordonnance la place dans une situation intenable en lui transférant le pouvoir et la responsabilité juridique de mettre en œuvre et de gérer la cessation de la fiducie de Premier, bien que ce pouvoir ne soit prévu ni par les modalités de la fiducie ni par la loi. Les participants maintiennent que la règle de *Saunders c. Vautier* s'applique, mais ils allèguent subsidiairement que Rogers devrait mettre fin au Régime conformément à l'obligation fiduciaire qui lui incombe en vertu de la *LNPP*. À la fin de l'audience devant notre Cour, les parties ont été invitées à présenter leur point de vue concernant l'application de la *LNPP* à la cessation d'un régime déclarée par le surintendant. Rogers est d'avis que le surintendant n'a pas le droit de mettre fin au Régime parce que son rôle se limite aux questions de solvabilité. Les participants affirment que le surintendant a un pouvoir discrétionnaire de sorte qu'ils ne disposent d'aucun recours clair. Selon eux, la *LNPP* n'écarte pas la règle de *Saunders c. Vautier*.

L'historique du litige montre clairement que certaines questions ont acquis le statut de chose jugée.

them is that the merger of the Plan with the RCI Plan did not affect the Trust. As the Court of Appeal noted at the time, this peculiar situation may present some conceptual difficulties (*Buschau No. 1*, at para. 66). Nonetheless, these facts must be interpreted with the help of the general principles of pension law. For this reason, it will be useful to review some background information concerning pension plans in general and the Plan in particular.

II. Pension Plans in General

Pension plans have a complex history and constitute a response to a multitude of needs. As R. L. Deaton puts it:

> . . . [employee] benefits [initially] served multiple purposes, including attracting a labour supply and reducing turnover, serving as an investment in human capital by improving morale, increasing productivity and efficiency by rationalizing the human element in the work process, promoting loyalty to the firm, preventing or forestalling unionization, preventing government intervention with respect to compulsory social insurance, maximizing the tax position of certain benefits by increasing non-taxable compensation to employees, minimizing the cost per unit of benefit through group arrangements, thereby compensating for imperfect individual knowledge of insurance markets, and creating a favourable corporate public relations image.

(*The Political Economy of Pensions: Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), at pp. 119-20)

He adds that in recent years many sophisticated employers have adopted a compensation approach based on the "total value of labour remuneration, wages and fringes having become interchangeable costs" (p. 122). Thus, what some may still view as a gratuitous reward for employees remains a powerful long-term human resources management tool as well as an undeniable benefit for aging employees. Employees rightly see their pension benefits as part of their overall compensation. How important pension benefits are to employees, and how sensitive employees are about such benefits, is even clearer

L'une d'elles veut que la fusion du Régime avec le régime de RCI n'ait eu aucun effet sur la fiducie. Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer à l'époque, cette situation particulière peut présenter des difficultés conceptuelles (*Buschau n^o^ 1*, par. 66). Néanmoins, ces faits doivent être interprétés à l'aide des principes généraux du droit régissant les régimes de retraite. C'est pourquoi il sera utile d'examiner certains renseignements de base concernant les régimes de retraite en général et le Régime en particulier.

II. Les régimes de retraite en général

L'histoire des régimes de retraite est complexe : ces régimes répondent à une multitude de besoins. Comme le dit R. L. Deaton : 12

> [TRADUCTION] . . . les avantages sociaux [des employés] visaient [au départ] des objectifs multiples, dont attirer la main d'œuvre et réduire le roulement du personnel, constituer un investissement dans le capital humain en améliorant le moral, augmenter la productivité et le rendement par la rationalisation de l'élément humain dans les méthodes de travail, promouvoir la loyauté envers l'entreprise, empêcher ou prévenir la syndicalisation, empêcher l'intervention gouvernementale concernant l'assurance sociale obligatoire, maximiser l'exemption fiscale de certains avantages en accroissant la partie non taxable de la rémunération des employés, réduire le coût unitaire des avantages grâce à des mesures collectives et suppléer ainsi aux lacunes de la connaissance individuelle des marchés de l'assurance, et enfin créer une image favorable de l'entreprise auprès du public.

(*The Political Economy of Pensions : Power, Politics and Social Change in Canada, Britain and the United States* (1989), p. 119-120)

L'auteur ajoute que, au cours des dernières années, de nombreux employeurs avertis ont adopté un mode de rétribution fondé sur [TRADUCTION] « la valeur totale de la rémunération du travail, les salaires et les avantages sociaux étant devenus des coûts interchangeables » (p. 122). Par conséquent, ce que d'aucuns peuvent encore percevoir comme une gratification destinée aux employés demeure un puissant outil de gestion à long terme des ressources humaines ainsi qu'un avantage indéniable pour les employés qui vieillissent. Les employés ont raison de considérer leurs prestations de retraite comme

in the present context of corporate mergers and acquisitions.

13 Pension benefits also serve broader social goals, which were recognized by the Court of Appeal (*Buschau No. 2*, at para. 47), citing approvingly E. E. Gillese (now a justice of the Ontario Court of Appeal), "Pension Plans and the Law of Trusts" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 221, at pp. 232-34. Together with government programs and individual savings, pension plans provide an aging population with invaluable financial support. In recognition of the social value of such an investment, pension contributions receive special tax treatment. The social component of private pension plans plays a crucial role in an era in which public pension programs have not yet been reformed to ensure adequate funding (see Deaton, at pp. 136-37, for an outline of the increase in contributions that would be required to conform to international standards). Courts do not make social policy, but the social role of pension plans might prove relevant when it comes time to decide whether the rule in *Saunders v. Vautier* can be employed to terminate a pension trust.

14 In Canada, defined benefit plans are usually funded in one of two ways: the funds are either held by an insurance company or held in trust (D. Rienzo, "Trust Law and Access to Pension Surplus" (2005), 25 *E.T.P.J.* 14; G. Nachshen, "Access to Pension Fund Surpluses: The Great Debate", in Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law* (1989), 59, at p. 64). In an insured plan, the insurance company receives an agreed payment and, bearing the risk of a shortfall, undertakes to pay the pension benefits to the members. When a plan is funded through a trust, the employer contracts with a trust company. The trust company holds and invests the pension contributions, subject to instructions under the trust agreement. The contributions are generally adjusted following an

une composante de leur rémunération globale. L'importance que les prestations de retraite revêtent pour les employés et la mesure dans laquelle celles-ci leur tiennent à cœur sont encore plus évidentes dans le présent contexte où il est question de fusions et d'acquisitions de sociétés commerciales.

Les prestations de retraite visent aussi des objectifs sociaux généraux que la Cour d'appel (*Buschau n^{o} 2*, par. 47) a reconnus en citant avec approbation E. E. Gillese (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario), « Pension Plans and the Law of Trusts » (1996), 75 *R. du B. can.* 221, p. 232-234. Conjugués aux programmes gouvernementaux et à l'épargne individuelle, les régimes de retraite procurent un soutien financier inestimable à une population vieillissante. En reconnaissance de la valeur sociale de cet investissement, les cotisations de retraite bénéficient d'un traitement fiscal particulier. Le volet social des régimes de retraite privés joue un rôle crucial à une époque où les programmes de retraite publics n'ont pas encore été réformés pour en assurer une capitalisation suffisante (voir Deaton, p. 136-137, pour un aperçu de l'augmentation des cotisations qui serait nécessaire pour respecter les normes internationales). Les tribunaux n'établissent pas des politiques sociales, mais le rôle social des régimes de retraite pourrait se révéler pertinent lorsqu'il s'agit de décider si la règle de *Saunders c. Vautier* peut être utilisée pour mettre fin à une fiducie de retraite.

Au Canada, la capitalisation des régimes à prestations déterminées se fait généralement de deux façons : les fonds sont soit détenus par une compagnie d'assurances, soit détenus en fiducie (D. Rienzo, « Trust Law and Access to Pension Surplus » (2005), 25 *E.T.P.J.* 14; G. Nachshen, « Access to Pension Fund Surpluses : The Great Debate », dans Conférences Commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives* (1989), 59, p. 64). Dans le cas d'un régime assuré, la compagnie d'assurances reçoit un paiement convenu et, au risque de subir un déficit, elle s'engage à verser les prestations de retraite aux participants. Dans le cas d'un régime capitalisé au moyen d'une fiducie, l'employeur conclut un contrat avec une société de fiducie. Cette société de fiducie

evaluation by an actuary who determines the level of funding needed to meet the solvency requirement under the applicable legislation. Here, the Plan is and always has been funded through a trust, so the discussion can be limited to trust-related issues.

détient et investit les cotisations de retraite conformément aux directives fondées sur la convention de fiducie. Les cotisations sont généralement ajustées à la suite d'une évaluation effectuée par un actuaire qui détermine le niveau de capitalisation nécessaire pour respecter la norme de solvabilité prescrite par la loi applicable. En l'espèce, le Régime est, et a toujours été, capitalisé au moyen d'une fiducie, de sorte que l'analyse peut être limitée aux questions de fiducie.

A defined benefit plan can fall into deficit or accumulate a surplus. Pension underfunding is a cause for concern. Almost 70 percent of major corporate pension plans were in deficit positions in the late 1970s. In the early 1980s, however, the situation reversed. Surpluses were generated by high levels of investment earnings coupled with lower wage increases and widespread layoffs, while employer contributions were left in the funds as employees forfeited their future pension rights: Deaton, at pp. 133-34, and Nachshen, at pp. 66-67. The situation reverted to one of deficits in the late 1990s. The magnitude of the underfunding problem has only recently started to emerge in legal commentaries ("Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . .", *Business & Legal Reports*, October 1, 2003 (online)). However, a surplus or deficit position reflects only a snapshot of a fund at a specific point in time. Since a pension plan is usually viewed as an ongoing instrument, time and sound actuarial advice are supposed to allow for secure funding while preventing the unnecessary accumulation of surpluses. Although the existence of deficits or surpluses is not an anomaly since actuaries cannot perfectly predict the future, in an ideal world, each plan would always be funded to the exact amount required to discharge its obligations.

15 Un régime à prestations déterminées peut afficher un déficit ou un surplus. La sous-capitalisation des régimes est une source de préoccupation. Près de 70 pour 100 des régimes de retraite des grandes sociétés affichaient un déficit vers la fin des années 1970. Cependant, au début des années 1980, il y a eu un revirement de situation. Des revenus de placement importants conjugués à de faibles augmentations des salaires et de nombreuses mises à pied, alors que les cotisations des employeurs étaient laissées dans les caisses et que les employés perdaient leurs droits futurs à une pension, ont engendré des surplus : Deaton, p. 133-134, et Nachshen, p. 66-67. À la fin des années 1990, les déficits sont réapparus. Ce n'est que récemment que des articles de doctrine ont commencé à faire état de l'ampleur du problème de la sous-capitalisation (« Pension Underfunding Still Widespread, Yet . . . », *Business & Legal Reports*, 1er octobre 2003 (en ligne)). Toutefois, l'existence d'un surplus ou d'un déficit représente seulement l'état dans lequel se trouve une caisse à un moment donné. Étant donné qu'un régime de retraite est habituellement perçu comme un instrument permanent, le temps et les conseils actuariels judicieux sont censés permettre une capitalisation suffisante tout en empêchant l'accumulation inutile de surplus. Bien que l'existence d'un déficit ou d'un surplus ne soit pas une anomalie du fait que les actuaires ne sont pas en mesure de prédire l'avenir avec une exactitude parfaite, dans un monde idéal, chaque régime disposerait toujours de la capitalisation dont il a exactement besoin pour s'acquitter de ses obligations.

Surpluses have not always been dealt with explicitly in pension plans or pension trusts. In *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, the

16 Les régimes de retraite ou les fiducies de retraite n'abordent pas toujours explicitement la question des surplus. Dans l'arrêt *Schmidt c. Air Products*

Court, dealing with issues relating to the distribution of a surplus, held that "when a trust is created, the funds which form the corpus are subjected to the requirements of trust law. The terms of the pension plan are relevant to distribution issues only to the extent that those terms are incorporated by reference in the instrument which creates the trust" (p. 639). The Court also stated that "[w]hen a pension fund is impressed with a trust, that trust is subject to all applicable trust law principles" (p. 643 (emphasis added)). It is thus necessary to determine which trust law principles *are applicable* before considering how they apply.

17 Before termination of a plan, a surplus is only an actuarial concept. While the plan is in operation, individuals entitled to the surplus assets do not have a specific interest in them. A pension surplus can be used to justify a contribution holiday if this is permitted by the plan, but the surplus can also disappear if investment earnings are lower than anticipated. Since pension plans are usually established for indefinite terms, issues relating to surpluses are not usually relevant to plan members while the plan is in operation. As the Court said in *Schmidt*, "[t]he right to any surplus is crystallized only when the surplus becomes ascertainable upon termination of the plan" (p. 654). Entitlement is determined by consulting the Plan, the Trust agreement (*Schmidt*, at p. 639) and the relevant legislation (*Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at para. 39).

18 Pension plans are heavily regulated. At this juncture, it is worth looking at the legislative scheme applicable to the issue.

III. The *Pension Benefits Standards Act, 1985*

19 The complex statutory and regulatory framework to which pension plans are subject cannot be overlooked. Recognizing the economic and social

Canada Ltd., [1994] 2 R.C.S. 611, la Cour a statué, au sujet de questions liées à la répartition d'un surplus, que « lorsqu'une fiducie est créée, le fonds qui forme le capital est assujetti aux exigences du droit des fiducies. Les modalités du régime de retraite ne sont alors pertinentes quant aux questions de répartition, que dans la mesure où elles sont insérées par renvoi dans l'acte qui crée la fiducie » (p. 639). La Cour a ajouté que « [l]a caisse de retraite assujettie à une fiducie est soumise à tous les principes applicables du droit des fiducies » (p. 643 (je souligne)). Il est donc nécessaire de déterminer quels principes du droit des fiducies *sont applicables* avant d'examiner la façon dont ils s'appliquent.

Avant la cessation d'un régime, un surplus n'est qu'un concept actuariel. Pendant que le régime est en vigueur, les personnes ayant éventuellement droit au surplus ne peuvent se réclamer d'un droit précis sur celui-ci. Le surplus d'une caisse de retraite peut servir à justifier une période d'exonération de cotisations si le régime le permet, mais il peut aussi disparaître si les revenus de placement se révèlent moins élevés que prévu. Étant donné que les régimes de retraite sont normalement établis pour une période indéterminée, les questions de surplus sont habituellement dénuées d'intérêt pour les participants pendant que le régime est en vigueur. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Schmidt*, « [l]e droit à tout surplus n'est cristallisé que lorsque celui-ci devient vérifiable à la cessation du régime » (p. 654). Pour déterminer la teneur de ce droit, il faut consulter le régime, la convention de fiducie (*Schmidt*, p. 639) et la loi applicable (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 39).

Les régimes de retraite sont fortement réglementés. À ce stade, il convient d'examiner le régime législatif applicable à la question en litige.

III. La *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*

On ne saurait passer sous silence le cadre législatif et réglementaire complexe qui régit les régimes de retraite. Reconnaissant l'importance

importance of pension plans, Parliament and the vast majority of provincial and territorial legislatures have adopted legislation regulating them. The first federal pension benefits standards legislation came into force on March 23, 1967 (S.C. 1966-67, c. 92). The current statute, the *PBSA*, was initially enacted in 1986 (S.C. 1986, c. 40). Under it, an important role of control and supervision is assigned to the Superintendent (see A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), for analysis on the analogous role of the Superintendent under the Ontario legislation). The Superintendent administers the *PBSA*, collects information and conducts studies concerning pension plans and their operation (s. 5). Strict investment and solvency standards are imposed on plan administrators (s. 9(1) and *Pension Benefits Standards Regulations, 1985*, SOR/87-19, rr. 6 to 10), who must also file documents and information required by the *PBSA* (ss. 7.4 and 12). A plan administrator also acts as a trustee for the employer, the members of the plan, and any persons entitled to pension benefits. The Superintendent can issue a direction of compliance if he is of the view that an administrator or an employer is pursuing a course of conduct that is contrary to sound financial practices, or that a pension plan is not being administered in accordance with the *PBSA* (s. 11(1) and (2)). If the Superintendent's direction is not complied with, the pension plan's registration may be revoked (s. 11.1). The Superintendent also plays a key role at the termination and distribution stage (ss. 9.2 and 29, and rr. 16 and 24). For example, his consent must be obtained before a surplus can be distributed (r. 16(2)(*d*)). Guidelines and instruction guides are published by the Superintendent to assist in the administration and termination of plans and trusts. Specific attention is paid to the rights of beneficiaries upon a request for distribution of a surplus. The *Guidelines to Administrators for Plan Terminations* make it clear that a delay in winding up will not be accepted simply because the administrator prefers to manage the funds.

économique et sociale des régimes de retraite, le Parlement et la vaste majorité des législatures provinciales et territoriales les ont réglementés par voie législative. La première loi fédérale sur les normes de prestations de pension est entrée en vigueur le 23 mars 1967 (S.C. 1966-67, ch. 92). La loi actuelle, la *LNPP*, a été adoptée pour la première fois en 1986 (S.C. 1986, ch. 40). Elle attribue au surintendant une importante fonction de contrôle et de surveillance (voir A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), pour une analyse de la fonction analogue du surintendant nommé en vertu de la loi ontarienne). Le surintendant assure l'application de la *LNPP*, recueille des renseignements et procède à des études relatives aux régimes de pension et à leur fonctionnement (art. 5). L'administrateur d'un régime est tenu de respecter des normes rigoureuses en matière de placement et de solvabilité (par. 9(1) *LNPP*, et art. 6 à 10 du *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*, DORS/87-19 (« Règlement »)). Il doit également déposer les documents et renseignements requis par la *LNPP* (art. 7.4 et 12). L'administrateur d'un régime joue également le rôle de fiduciaire de l'employeur, des participants au régime et de toute personne ayant droit à des prestations de retraite. Le surintendant peut donner une directive s'il estime qu'un administrateur ou un employeur adopte une attitude contraire aux bonnes pratiques du commerce, ou que la gestion d'un régime de retraite n'est pas conforme à la *LNPP* (par. 11(1) et (2) *LNPP*). L'agrément du régime de retraite peut être révoqué en cas de non-conformité à la directive du surintendant (art. 11.1 *LNPP*). Le surintendant joue aussi un rôle essentiel à l'étape de la cessation et de la répartition (art. 9.2 et 29 *LNPP*, et art. 16 et 24 du Règlement). Il faut notamment obtenir son consentement avant de répartir un surplus (al. 16(2)*d*) du Règlement). Le surintendant publie des lignes directrices et des guides d'instruction utiles pour gérer les régimes et les fiducies et y mettre fin. Une attention particulière est accordée aux droits des bénéficiaires en cas de demande de répartition d'un surplus. Les *Lignes directrices à l'intention des administrateurs sur la cessation des régimes de pension* prévoient clairement que l'administrateur ne peut pas retarder la liquidation uniquement parce qu'il préfère gérer la caisse de retraite.

20 In essence, the Superintendent plays a crucial role in the protection of beneficiaries. Although most of his interventions relate to supervision of the solvency requirements, he also acts as a gatekeeper for the distribution of a pension fund. The Superintendent has unique duties and responsibilities *vis-à-vis* beneficiaries that may make it possible to avoid resorting to a common law rule that was designed for an environment totally different from that of pension law.

Essentiellement, le surintendant joue un rôle crucial dans la protection des bénéficiaires. Bien que la plupart de ses interventions visent à assurer le respect des normes de solvabilité, il joue également un rôle de gardien en ce qui a trait à la répartition de l'actif d'une caisse de retraite. Il a envers les bénéficiaires des obligations et des responsabilités exceptionnelles qui peuvent permettre d'éviter le recours à une règle de common law qui a été conçue pour s'appliquer dans un contexte totalement différent de celui du droit régissant les régimes de retraite.

IV. The Rule in *Saunders v. Vautier*

IV. La règle de *Saunders c. Vautier*

21 The common law rule in *Saunders v. Vautier* can be concisely stated as allowing beneficiaries of a trust to depart from the settlor's original intentions provided that they are of full legal capacity and are together entitled to all the rights of beneficial ownership in the trust property. More formally, the rule is stated as follows in *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees* (14th ed. 1987), at p. 628:

> If there is only one beneficiary, or if there are several (whether entitled concurrently or successively) and they are all of one mind, and he or they are not under any disability, the specific performance of the trust may be arrested, and the trust modified or extinguished by him or them without reference to the wishes of the settlor or the trustees.

On peut dire succinctement que la règle de common law de *Saunders c. Vautier* permet aux bénéficiaires d'une fiducie de déroger aux intentions initiales du disposant pourvu qu'ils aient la pleine capacité juridique et qu'ils possèdent ensemble tous les droits de propriété bénéficiaire sur les biens en fiducie. Plus formellement, la règle est définie ainsi dans *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees* (14e éd. 1987), p. 628 :

> [TRADUCTION] S'il n'y a qu'un seul bénéficiaire, ou s'il y en a plusieurs (peu importe qu'ils puissent exercer leurs droits concurremment ou successivement) qui sont unanimes, et qu'aucun n'est frappé d'incapacité juridique, l'exécution des obligations de la fiducie peut être interrompue et il peut y avoir modification ou extinction de la fiducie par le(s) bénéficiaire(s) sans égard à la volonté du disposant ou des fiduciaires.

According to D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 1175, the rule was developed in the 19th century and originated as an implicit understanding of Chancery judges that the significance of property lay in the right of enjoyment. The idea was that, since the beneficiaries of a trust would eventually receive the property, they should decide how they intended to enjoy it.

Selon D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 1175, la règle a été établie au XIXe siècle et découle d'une conception implicite des juges de la Cour de la Chancellerie selon laquelle la propriété trouve son sens dans le droit de jouissance. On considérait que, puisque la propriété serait attribuée en fin de compte aux bénéficiaires de la fiducie, il appartenait à ces derniers de décider de quelle façon ils voulaient en jouir.

22 The members argue that this rule allows them to terminate the Trust fund even though the employer, upon agreeing to the Trust, stated that only he could terminate it. The terms of the Plan and its

Les participants allèguent que cette règle leur permet de mettre fin à la caisse en fiducie même si, en concluant la convention de fiducie, l'employeur a dit être le seul à pouvoir y mettre fin. Les

Trust fund are the key to the analysis. I will now turn to them.

V. The Plan and Its Trust Fund

The Plan, as stated in 1974, provided for the assets to be held in accordance with the terms of a Trust agreement. A committee known as the Retirement Committee was appointed by the company to administer the Plan. All employees hired after January 1, 1974 were required to become members of the Plan, while the other employees were eligible to join it under certain conditions (General Rule Two). The benefits were not to exceed the maximum permitted under the prevailing legislation and were payable upon retirement (the normal retirement age was 65 years). Although entitled to make additional contributions, employees were not required to contribute to the regular funding of the Plan (Special Rule Four (1)). The employer's contribution was calculated by the actuary appointed under the Plan (General Rule Four (2)). Benefits were to be paid to the member for the remainder of his or her life and then to the member's beneficiary for any remaining portion of a "guaranteed period". A lump sum could be paid, but only to a member, if the benefit was less than $10 per month, and even so this was at the Retirement Committee's discretion. The committee could decide all matters in respect to the operation, administration and interpretation of the provisions of the Plan (General Rule Six (12)). The company had the right to amend the Plan provided that the amendment did not affect rights acquired or benefits earned as at the date of the amendment. Upon termination, benefits were to be paid as provided for in the Plan, and the balance of assets remaining in the trust fund, after all liabilities had been satisfied, were to be distributed by the Committee among the remaining members on the basis of s. 12 of the former *Pension Benefits Standards Act* (General Rule Seven).

The Trust agreement was entered into for the specific purpose of creating a Trust fund for the Plan. The fund was to be held and administered for

modalités du Régime et de sa caisse en fiducie jouent un rôle essentiel dans l'analyse. Je vais maintenant les examiner.

V. Le Régime et sa caisse en fiducie

23 Le Régime défini en 1974 prévoyait que l'actif serait détenu conformément à une convention de fiducie. La compagnie a créé un comité, appelé le comité de retraite, qui était chargé de gérer le Régime. Tous les employés embauchés après le 1er janvier 1974 devaient adhérer au Régime, alors que les autres employés pouvaient le faire à certaines conditions (Deuxième règle générale). Les prestations ne devaient pas excéder le maximum autorisé par la loi en vigueur et étaient payables lors de la retraite (l'âge normal de la retraite étant fixé à 65 ans). Même s'ils avaient le droit de verser des cotisations supplémentaires, les employés n'étaient pas tenus de contribuer à la capitalisation régulière du Régime (Quatrième règle spéciale, section 1). Les cotisations de l'employeur étaient calculées par l'actuaire nommé conformément au Régime (Quatrième règle générale, section 2). Les prestations devaient être payées au participant jusqu'à la fin de ses jours, puis au bénéficiaire du participant pendant le reste d'une [TRADUCTION] « période garantie ». Une somme forfaitaire pouvait être versée, mais seulement à un participant, si la prestation était inférieure à 10 $ par mois, et même là, au gré du comité de retraite. Le comité pouvait trancher toute question relative à l'application et à l'interprétation des dispositions du Régime (Sixième règle générale, section 12). La compagnie avait le droit de modifier le Régime dans la mesure où cela ne portait pas atteinte aux droits acquis ou aux prestations accumulées à la date de la modification. À la cessation, les prestations devaient être payées conformément aux dispositions du Régime, et, après que toutes les dettes aient été acquittées, le comité devait répartir entre les autres participants l'actif restant de la caisse en fiducie, conformément à l'art. 12 de l'ancienne *Loi sur les normes des prestations de pension* (Septième règle générale).

24 La convention de fiducie a été conclue dans le but précis de doter le Régime d'une caisse de retraite en fiducie. La caisse devait être détenue et gérée

the benefit of employees and of beneficiaries under the Plan. The trustee was to follow directions given by the company. The company also had the right to terminate the Trust agreement (art. V(2)).

25 Rogers purported to amend the Plan to give itself the right to the surplus in 1992, but the Court of Appeal found (*Buschau No. 1*, at para. 59) that the amendments had not affected the members' rights; its judgment in that case is now binding on the parties.

26 Thus, neither the Trust agreement nor the Plan provides for termination of the Trust by employees. The members consequently rely on the rule in *Saunders v. Vautier*. Does it apply? Like my colleague Bastarache J., I conclude that it does not. My reasons are slightly different, however.

VI. Non-Application of the Rule in *Saunders v. Vautier*

27 There are many reasons why the rule is not easily incorporated into the context of employment pension plans.

28 First, pension plans are heavily regulated. The *PBSA* regulates the termination of a plan and the distribution of the fund and the trust assets. I accept the following comment of the Court of Appeal (*Buschau No. 2*, at para. 47):

> It must be acknowledged that the application of the rule in *Saunders v. Vautier* to pension trusts does involve different and more complicated factors, financial and legal, than an ordinary legacy or gift in trust. As already noted, pension trusts are part of the complex of rights and obligations (not only equitable, but also contractual and statutory) between employers and employees, and obviously serve broad societal and economic purposes.

However, the Court of Appeal's order (*Buschau No. 3*) defies the application of the *PBSA* because it allows for the operation of the rule in *Saunders v.*

pour le compte des employés et des bénéficiaires assujettis au Régime. Le fiduciaire devait suivre les directives de la compagnie. Cette dernière avait aussi le droit de mettre fin à la convention de fiducie (art. V(2)).

En 1992, Rogers a voulu modifier le Régime pour s'accorder le droit au surplus, mais la Cour d'appel a décidé (*Buschau n^o 1*, par. 59) que les modifications ne portaient pas atteinte aux droits des participants; cette décision lie maintenant les parties.

Ainsi, ni la convention de fiducie ni le Régime ne prévoient que les employés peuvent mettre fin à la fiducie. En conséquence, les participants invoquent la règle de *Saunders c. Vautier*. S'applique-t-elle? À l'instar de mon collègue le juge Bastarache, je conclus que non, mais pour des raisons légèrement différentes.

VI. L'inapplication de la règle de *Saunders c. Vautier*

La règle ne s'intègre pas facilement au contexte des régimes de retraite d'employeurs pour de nombreuses raisons.

Premièrement, les régimes de retraite sont fortement réglementés. La *LNPP* régit la cessation d'un régime et la répartition de l'actif de la caisse et de la fiducie. Je souscris à l'observation suivante de la Cour d'appel (*Buschau n^o 2*, par. 47) :

> [TRADUCTION] Il faut reconnaître que l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* aux fiducies de retraite met effectivement en cause des facteurs différents et plus complexes, tant financiers que juridiques, que lorsqu'il s'agit d'un legs ou d'une donation ordinaire en fiducie. Comme nous l'avons vu, les fiducies de retraite font partie de l'ensemble complexe des droits et obligations (non seulement reconnus en *equity*, mais également prévus par le droit des contrats et la loi écrite) entre employeurs et employés et répondent, de toute évidence, à des besoins sociaux et économiques généraux.

L'ordonnance de la Cour d'appel (*Buschau n^o 3*) va cependant à l'encontre de la *LNPP* parce qu'elle permet l'application de la règle de *Saunders c.*

Vautier without regard to the obligations to report to the Superintendent and to provide for the payment of pension benefits before distribution of the trust fund. The *PBSA* deals extensively with the termination of plans and the distribution of assets. It is clear from this explicit legislation that Parliament intended its provisions to displace the common law rule. To the extent that it provides a means to reach the distribution stage, the *PBSA* prevails over the traditional rule in *Saunders v. Vautier.*

Second, a family or testamentary trust is generally a stand-alone instrument. It does not usually depend on any other instrument for its operation. No indirect effect results from the application of the rule in *Saunders v. Vautier* in such cases. In contrast, a pension trust serves only as a vehicle for holding and managing the funds required by the pension plan. In the instant case, the Trust agreement is expressly "made a part of the Plan" (art. I(1)) and the Plan is attached to that agreement (preamble to the Trust agreement). The Trust agreement is therefore dependent on the Plan for which it was created. The Premier Trust cannot be collapsed without regard to the Plan itself. The two instruments are therefore indissociable. This particular situation was not dealt with in *Schmidt*, which focussed on the distribution of trust assets, not the termination of a trust agreement that had been expressly made part of a plan. In the case at bar, despite the link between the Plan and the Trust agreement, the judgment of the Court of Appeal purports to authorize the members to resort to the rule in *Saunders v. Vautier*, but does not provide for termination of the Plan. And yet, termination of the Plan in accordance with the prevailing *PBSA* is a condition precedent to distribution. This awkward juridical status illustrates why the common law rule is not an easy fit in the pension law context.

Third, employers establish plans because it is in their interest to do so. Under normal circumstances, they have the right not to have their management decisions disturbed. In contrast, the common

Vautier sans égard aux obligations de rendre compte au surintendant et de prévoir le versement de prestations de retraite avant la répartition de l'actif de la caisse en fiducie. La *LNPP* traite abondamment de la cessation des régimes et de la répartition de l'actif. Il ressort clairement de ce texte législatif explicite que le législateur a voulu que ses dispositions supplantent la règle de common law. Dans la mesure où elle prévoit un moyen de parvenir à l'étape de la répartition, la *LNPP* prime la règle traditionnelle de *Saunders c. Vautier.*

29 Deuxièmement, une fiducie familiale ou testamentaire est généralement un instrument distinct. Son fonctionnement ne dépend généralement d'aucun autre instrument. L'application de la règle de *Saunders c. Vautier* n'a aucun effet indirect dans ces cas. Par contre, une fiducie de retraite ne sert que de moyen de détenir et de gérer les fonds requis par le régime de retraite. En l'espèce, il est prévu expressément que la convention de fiducie [TRADUCTION] « fait partie du régime » (art. I(1)) et le Régime est joint à cette convention (préambule de la convention de fiducie). La convention de fiducie est donc subordonnée au régime pour lequel elle a été conclue. On ne peut pas mettre fin à la fiducie de Premier sans tenir compte du Régime lui-même. Par conséquent, les deux instruments sont indissociables. Cette situation particulière n'a pas été examinée dans l'arrêt *Schmidt*, qui portait sur la répartition d'un actif en fiducie et non sur la cessation d'une convention de fiducie faisant expressément partie d'un régime de retraite. En l'espèce, malgré le lien qui existe entre le Régime et la convention de fiducie, l'arrêt de la Cour d'appel est censé autoriser les participants à recourir à la règle de *Saunders c. Vautier*, mais il ne prévoit pas la cessation du Régime. Pourtant, la cessation du Régime conformément à la *LNPP* en vigueur est une condition préalable de la répartition. Cette situation juridique incongrue montre pourquoi la règle de common law ne s'inscrit pas facilement dans le contexte du droit régissant les régimes de retraite.

30 Troisièmement, les employeurs établissent des régimes parce qu'ils ont intérêt à le faire. Dans des circonstances normales, ils ont droit à ce que leurs décisions administratives soient respectées. Par

law trust allows no room for the settlor's interest. Although the particular circumstances of this case may lead to the conclusion that the employer no longer has a legitimate interest in the continuation of the Plan, a blanket statement that the employer has no interest conflicts with the usual expectations of parties to a pension plan.

31 Fourth, gift or legacy trusts are gratuitous, and accelerating the date of the beneficiaries' entitlement has no broad social consequences. Pension trusts funds, however, are no longer generally viewed as being gratuitous: either employees contribute directly or their entitlement is regarded as remuneration deferred until the date of their retirement. The capital of the pension trust fund cannot be distributed without defeating the social purpose of preserving the financial security of employees in their retirement by allowing them to receive periodic payments until they die.

32 Thus, this case amply demonstrates the difficulties associated with applying the rule in *Saunders v. Vautier* to a pension trust. The Court of Appeal issued an order stating that the members were at liberty to invoke the rule in *Saunders v. Vautier*. All the reporting and approval mechanisms that must precede termination by virtue of the *PBSA* were disregarded. They were treated as issues relating merely to "mechanics" (*Buschau No. 3*, at para. 17). According to the Court of Appeal, the Premier Trust may be collapsed without regard to its purpose of providing a means to defer income. No order was made to provide for annuities as required by the *PBSA*. Moreover, while the Court of Appeal held that the Premier Trust may be terminated pursuant to the rule in *Saunders v. Vautier*, no corresponding provision was made for terminating the trustee's obligations to the members under the merged RCI Plan.

33 I therefore conclude that the impediments to applying the rule in *Saunders v. Vautier* are

contre, la fiducie de common law ne fait aucune place à l'intérêt du disposant. Bien que les circonstances particulières de la présente affaire puissent mener à la conclusion que l'employeur n'a plus d'intérêt légitime dans le maintien du Régime, une déclaration générale selon laquelle l'employeur n'a aucun intérêt va à l'encontre des attentes normales des parties à un régime de retraite.

Quatrièmement, les donations ou legs en fiducie sont des libéralités, et le fait de rapprocher la date à laquelle les bénéficiaires peuvent exercer leur droit n'a aucune conséquence sociale générale. Toutefois, les droits dans les fiducies de retraite ne sont plus généralement considérés comme des libéralités : les employés peuvent cotiser directement ou encore leur droit est considéré comme une rémunération différée jusqu'à la date de leur départ à la retraite. Le capital de la caisse de retraite en fiducie ne peut pas être réparti sans contrecarrer l'objectif social consistant à assurer la sécurité financière des employés retraités en leur permettant de recevoir des versements périodiques jusqu'à la fin de leurs jours.

La présente affaire démontre donc amplement les difficultés que présente l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* à une fiducie de retraite. La Cour d'appel a rendu une ordonnance déclarant que les participants étaient libres d'invoquer la règle de *Saunders c. Vautier*. Tous les mécanismes d'établissement de rapports et d'obtention d'approbations qui doivent précéder la cessation en vertu de la *LNPP* ont été passés sous silence. Ils ont été considérés comme de simples questions de « processus » (*Buschau n^{o} 3*, par. 17). Selon la Cour d'appel, il peut être mis fin à la fiducie de Premier sans égard à son objectif consistant à donner un moyen de différer un revenu. Contrairement à ce qu'exige la *LNPP*, aucune ordonnance prévoyant le versement d'une rente n'a été rendue. De plus, bien que la Cour d'appel ait conclu qu'il peut être mis fin à la fiducie de Premier en application de la règle de *Saunders c. Vautier*, elle n'a pas prévu comment prendraient fin les obligations de la fiduciaire envers les participants aux termes du régime fusionné de RCI.

Je conclus donc que les obstacles à l'application de la règle de *Saunders c. Vautier* sont nombreux.

numerous. The rule is not easily applicable to pension trusts and not even the length of time elapsed since the beginning of the proceedings can allow the members to bend the rule to fit it to their case. I do not exclude the possibility that the common law rule might apply to very small pension plans, the kind offered to a few officers of a corporation, but in general the fit is wrong. The conclusion that the common law rule does not generally apply to traditional pension funds is reinforced by the fact that the *PBSA* provides mechanisms that protect members from inappropriate conduct by plan administrators. Since my colleague Bastarache J. does not share my opinion on this point, I feel that I should elaborate on it.

Il n'est pas facile d'appliquer cette règle aux fiducies de retraite et même le temps écoulé depuis le début des procédures ne saurait permettre aux participants de la dénaturer pour qu'elle s'applique à leur cas. Je n'écarte pas la possibilité que la règle de common law s'applique à de petits régimes de retraite, comme ceux offerts à quelques dirigeants d'une société mais, en général, elle ne s'y prête pas. La conclusion que la règle de common law ne s'applique pas généralement aux caisses de retraite traditionnelles est renforcée par le fait que la *LNPP* établit des mécanismes de protection des participants contre la conduite répréhensible des administrateurs du régime. Étant donné que mon collègue le juge Bastarache ne partage pas mon opinion sur ce point, je me dois de préciser ma pensée.

VII. Members' Recourse

I have already noted that neither the Plan nor the Trust agreement grants members a direct right to terminate the Plan. There is a reason for this. Historically, employers created plans for their own purposes, without much input from employees. Of course, plans benefited employees, but they were essentially human resources management tools. Where possible, employers stated terms that allowed them to control the operation of the plans, thereby protecting their interests. Employer control is tempered, in a unionized context, by undertakings resulting from collective agreements and, outside of the collective bargaining context, by individual contracts of employment. However, wording reserving the employers' right to terminate is still common. A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. In an ongoing plan, a single group of employees should not be able to deprive future employees of the benefit of a pension plan. Thus, members often have only a passive and limited right with regard to employer decisions concerning the future of their plan and trust fund. However, they are not left without recourse should the employer infringe the *PBSA* or their plan. They

VII. Le recours des participants

34 J'ai déjà fait remarquer que ni le Régime ni la convention de fiducie ne confère aux participants un droit direct de mettre fin au Régime. Cela s'explique. Historiquement, les employeurs établissaient des régimes pour répondre à leurs propres besoins, sans que les employés aient beaucoup à dire. Certes, ces régimes étaient avantageux pour les employés, mais ils constituaient essentiellement des outils de gestion des ressources humaines. Lorsque cela était possible, les employeurs énonçaient des modalités qui leur permettaient de contrôler le fonctionnement des régimes et de protéger ainsi leurs intérêts. Dans un milieu de travail syndiqué, le contrôle exercé par l'employeur est tempéré par des engagements résultant de conventions collectives, et en dehors du contexte de la négociation collective, par des contrats de travail individuels. Toutefois, la formulation qui réserve à l'employeur le droit de cessation est encore courante. Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. Dans un régime en vigueur, un seul groupe d'employés ne devrait pas pouvoir priver d'un régime de retraite

can alert the Superintendent and trigger action if and when required.

35 The *PBSA* is not a complete code. However, when recourse is available to plan members, they should use it. Termination is dealt with explicitly in the *PBSA*. When asked to submit representations on the remedies afforded by the *PBSA*, the members took the position that the remedy afforded by the statute could not cover all their claims. They also stated that the Superintendent could have intervened on his own.

36 This answer is not satisfactory. The members wanted the Trust fund to be collapsed and distributed directly to them. A trust can in fact be automatically terminated and distributed in this way pursuant to the rule in *Saunders v. Vautier*. As mentioned above, however, such a distribution does not accord with the terms of the Plan and with the spirit of the social scheme, the purpose of which is to provide periodic payments during members' lifetimes, not to distribute the capital in a lump sum. Moreover, the members' position is not compatible with the *PBSA* and it puts them at risk of attracting undesirable tax consequences (*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 56(1), 146(8), 147.1(11) and (13); *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, ss. 8501(1) and 8502). Also, the Superintendent can hardly be expected to be familiar with details of the management of a particular pension plan. The members could have asked him to step in.

37 A clear illustration of the Superintendent's potential role can be found in the facts that gave rise to the members' original action. In 1985, the trustee, at Rogers' request, transferred close to $1 million

les futurs employés. Par conséquent, les participants n'ont souvent qu'un droit passif et limité relativement aux décisions que l'employeur prend au sujet de l'avenir de leur régime et de leur caisse en fiducie. Cependant, ils ne sont pas dépourvus de recours si jamais l'employeur enfreint la *LNPP* ou leur régime. Au besoin, ils peuvent demander au surintendant d'intervenir.

La *LNPP* n'est pas un code exhaustif. Toutefois, lorsque les participants au régime disposent d'un recours, ils devraient l'exercer. La *LNPP* traite expressément de la cessation. Lorsqu'on leur a demandé de présenter des observations sur les recours offerts par la *LNPP*, les participants ont prétendu que le recours prévu par la Loi ne pouvait pas s'appliquer à toutes leurs demandes. Ils ont ajouté que le surintendant aurait pu intervenir de son propre chef.

Cette réponse n'est pas satisfaisante. Les participants voulaient mettre fin à la caisse en fiducie et souhaitaient que l'actif de la caisse soit réparti entre eux directement. En fait, il est possible de mettre fin automatiquement à une fiducie et d'en répartir l'actif de cette manière conformément à la règle de *Saunders c. Vautier*. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, une telle répartition n'est pas conforme aux modalités du Régime et à l'esprit du projet social qui vise à assurer des versements périodiques aux participants au cours de leur vie, et non à répartir le capital sous la forme d'une somme forfaitaire. De plus, le point de vue des participants n'est pas compatible avec la *LNPP* et il les expose à des conséquences fiscales non souhaitables (*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), par. 56(1), 146(8), 147.1(11) et (13); *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, par. 8501(1) et art. 8502). En outre, on ne peut guère s'attendre à ce que le surintendant ait une connaissance détaillée de la gestion d'un régime de retraite particulier. Les participants auraient pu lui demander d'intervenir.

Les faits à l'origine de la première action des participants illustrent bien le rôle que le surintendant peut jouer. En 1985, la fiduciaire a transféré à Rogers, à la demande de cette dernière, près de un

to Rogers out of the Plan's Trust fund. Rogers eventually acknowledged that the transfer was improper and reimbursed the amount in the course of that initial proceeding. However, the members could have asked the Superintendent to exercise his powers under the *PBSA*.

Under s. 8(3) of the *PBSA*, plan members can object to an administrator's conduct if it is in breach of its fiduciary duty to them. Also, under s. 8(10), an employer who is an administrator is forbidden to put itself in a material conflict of interest. The Superintendent could have directed Rogers to return the money to the Trust (s. 29(11) and s. 11(1) of the *PBSA*).

Here, the members claim to be entitled to distribution of the surplus. For them to be entitled to distribution, the Plan must first be terminated. Since the Plan does not provide for them to terminate it, the Superintendent could order a distribution if he were faced with circumstances falling within the parameters of the *PBSA*.

Is that the case? I mentioned earlier that clauses allowing employers to control terminations are common. However, the traditional pension plan analysis does not apply in the instant case. Rogers conceded that the 1992 amendments entitling it to any surplus on termination were "invalid as against the [members]" (*Buschau No. 1*, at para. 38). The Court of Appeal found (*Buschau No. 1*, at paras. 63 and 66) that the merger was incomplete as regards the Plan and that the members retained rights that were distinct from those of members of the other plans that were merged in the RCI Plan. *Buschau No. 1* is now binding on Rogers. Although the members do not have a specific interest in the surplus before termination, the findings in *Buschau No. 1* limit Rogers' rights to use it.

One circumstance that could justify delaying the termination of the Plan (as incompletely merged with the RCI Plan) and the incidental distribution of the Premier Trust fund would be if Rogers had a

million de dollars provenant de la caisse en fiducie du Régime. Rogers a fini par reconnaître l'illégitimité de ce transfert et a remboursé la somme au cours de cette première action. Cependant, les participants auraient pu demander au surintendant d'exercer les pouvoirs que lui confère la *LNPP*.

38 Aux termes du par. 8(3) *LNPP*, les participants au régime peuvent s'opposer à la conduite d'un administrateur si elle constitue un manquement à l'obligation fiduciaire qu'il a envers eux. De même, le par. 8(10) interdit à l'employeur qui est l'administrateur de se trouver dans un conflit d'intérêts sérieux. Le surintendant aurait pu enjoindre à Rogers de remettre l'argent dans la fiducie (par. 29(11) et 11(1) *LNPP*).

39 En l'espèce, les participants soutiennent qu'ils ont droit à la répartition du surplus. Pour qu'ils aient droit à la répartition, il doit d'abord y avoir cessation du Régime. Étant donné que le Régime ne prévoit pas qu'ils peuvent y mettre fin, le surintendant pourrait ordonner une répartition s'il était en présence d'une situation qui s'inscrit à l'intérieur des paramètres de la *LNPP*.

40 Est-ce le cas? J'ai déjà mentionné que les clauses qui permettent aux employeurs de contrôler les cessations sont courantes. Cependant, l'analyse traditionnelle des régimes de retraite ne s'applique pas en l'espèce. Rogers a concédé que les modifications de 1992 lui donnant droit à tout surplus en cas de cessation étaient [TRADUCTION] « inopposables aux [participants] » (*Buschau n^o^ 1*, par. 38). La Cour d'appel a conclu (*Buschau n^o^ 1*, par. 63 et 66) que la fusion était incomplète quant au Régime et que les participants conservaient des droits distincts de ceux des participants aux autres régimes qui avaient été fusionnés dans le régime de RCI. L'arrêt *Buschau n^o^ 1* lie désormais Rogers. Bien que les participants ne possèdent pas de droit précis sur le surplus avant la cessation, les conclusions de l'arrêt *Buschau n^o^ 1* limitent le droit de Rogers de l'utiliser.

41 La cessation du Régime (fusionné de manière incomplète avec le régime de RCI) et la répartition consécutive de l'actif de la caisse en fiducie de Premier pourraient être retardées si Rogers avait le

right to amend the Plan to open it to new members. However, the possibility of reopening the Plan is problematic and has been commented on by the courts below.

42 In the second action, the chambers judge interpreted the Court of Appeal's conclusion in *Buschau No. 1* concerning the distinct right of the Plan members to the surplus as preventing Rogers from using its power to amend the Plan to reopen it to new members. Dealing with Rogers' argument that the rule in *Saunders v. Vautier* could not apply because it had the right to amend, the chambers judge found, in her 2002 reasons, that Rogers could not use its amending power to do what it could not do through a merger (at para. 29):

> The Court of Appeal could only have granted liberty to the Members to terminate the trust on the basis that the trust was closed and that no further beneficiaries would be added. In my view, based on the evidence before me, the first time RCI gave any thought to re-opening the Plan to allow new members was in response to efforts by the Members to terminate the Plan and have the surplus paid to them. For these reasons, RCI's argument that the rule cannot apply because it may amend the Plan to allow new members, must fail.

43 The Court of Appeal left this finding undisturbed (*Buschau No. 2*, at para. 61):

> The particular circumstances of this case make it impossible in my view that RCI could now exercise its right to "re-open" the Plan to new Members, entitling them to share with the existing Members in the benefits of the Trust, including the surplus. The Plan was declared closed in 1984 and as the Chambers judge found, "the first time RCI gave any thought to re-opening . . . was in response to efforts by the Members to terminate the Plan and have the surplus paid to them." Any move now to re-open the Plan to other RCI employees would, given what has gone on before, rightly be regarded as no different from the stratagem adopted by RCI some years ago to avail itself of the benefit of the actuarial surplus in the Premier Trust — the purported "merger" of the Plan with other plans that were not in surplus positions. A similar result would ensue: because of its breach of trust or obligation of good faith, the

droit de modifier le Régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants. Toutefois, la possibilité de rouvrir le Régime pose un problème et a fait l'objet d'observations de la part des tribunaux d'instance inférieure.

Dans la seconde action, la juge en chambre a considéré que la conclusion de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Buschau n^o^ 1*, selon laquelle les participants au Régime possèdent un droit distinct au surplus, empêchait Rogers d'exercer son droit de modifier le Régime de manière à le rouvrir à de nouveaux participants. Quant à l'argument de Rogers selon lequel la règle de *Saunders c. Vautier* était inapplicable en raison de son droit de modifier, la juge en chambre a conclu, dans ses motifs de 2002, que Rogers ne pouvait pas exercer son droit de modification pour faire ce qu'elle ne pouvait pas faire au moyen d'une fusion (par. 29) :

> [TRADUCTION] La Cour d'appel ne pouvait permettre aux participants de mettre fin à la fiducie que si la fiducie était fermée et qu'aucun autre bénéficiaire n'était ajouté. Selon moi, d'après la preuve qui m'a été présentée, c'est en réaction aux démarches des participants visant à mettre fin au régime et à obtenir le surplus que RCI a songé pour la première fois à rouvrir le régime à de nouveaux participants. C'est pourquoi il faut rejeter l'argument de RCI selon lequel la règle est inapplicable parce qu'elle peut modifier le régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants.

La Cour d'appel n'a rien changé à cette conclusion (*Buschau n^o^ 2*, par. 61) :

> [TRADUCTION] J'estime que les circonstances particulières de la présente affaire empêchent RCI d'exercer maintenant son droit de « rouvrir » le régime à de nouveaux participants et de leur permettre de partager avec les participants existants les prestations accumulées dans la fiducie, y compris le surplus. Le régime a été déclaré fermé en 1984 et, comme l'a dit la juge en chambre : « c'est en réaction aux démarches des participants visant à mettre fin au régime et à obtenir le surplus que RCI a songé pour la première fois à rouvrir ». Toute initiative qui viserait maintenant à rouvrir le régime à d'autres employés de RCI serait, compte tenu de ce qui s'est passé antérieurement, considérée à bon droit comme un autre stratagème de RCI semblable à celui qu'elle a employé, il y a quelques années, pour bénéficier du surplus actuariel de la fiducie de Premier — la prétendue « fusion » du régime avec d'autres régimes qui n'affichaient pas un

employer would be required to account to the existing Members as if the Plan had not been re-opened.

surplus. On arriverait à un résultat similaire : parce qu'il a manqué à son obligation de fiduciaire ou à son obligation d'agir de bonne foi, l'employeur serait tenu de rendre compte aux participants existants comme si le régime n'avait pas été rouvert.

If Rogers could amend the merged RCI Plan to open it to new members, it is questionable whether the Premier Trust fund could be used to fund benefits owed to new members without infringing the judgment that is binding on Rogers. Using the Premier Trust fund to fund benefits for new members or to fund benefits owed to members of a merged plan have been considered analogous by the courts below. I do not need to give a definite answer on the possibility of amending the Plan because, except to the extent that Rogers is bound by *Buschau No. 1*, the matter is best left to the Superintendent. 44

Si Rogers pouvait modifier le régime fusionné de RCI de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants, il n'est pas certain que la caisse en fiducie de Premier pourrait servir à capitaliser les prestations dues aux nouveaux participants sans enfreindre le jugement qui lie Rogers. Les tribunaux d'instance inférieure ont considéré que l'utilisation de la caisse en fiducie de Premier pour capitaliser des prestations destinées à de nouveaux participants ou pour capitaliser des prestations dues aux participants d'un régime fusionné revenait au même. Je n'ai pas à me prononcer de manière définitive sur la possibilité de modifier le Régime car, sauf dans la mesure où Rogers est liée par l'arrêt *Buschau n^o^ 1*, cela est du ressort du surintendant.

The members can ask the Superintendent to partially terminate the RCI Plan insofar as it relates to the Plan. The Superintendent can assess the facts and deal with any new arguments Rogers or the members may raise. He is in the best position to monitor the orderly termination of the part of the RCI Plan that relates to the members. 45

Les participants peuvent demander au surintendant de mettre fin en partie au régime de RCI dans la mesure où il a trait au Régime. Le surintendant peut apprécier les faits et examiner tout nouvel argument que Rogers ou les participants peuvent avancer. Il est le mieux placé pour assurer la cessation ordonnée de la partie du régime de RCI qui concerne les participants.

If the Superintendent decides that Rogers cannot amend the Plan to open it to new members, there may be no point in continuing the Plan if pension benefits can be provided by a third party such as an insurance company through annuities of the kind provided for upon termination of any plan under the *PBSA*. 46

Si le surintendant décide que Rogers ne peut pas modifier le Régime de manière à l'ouvrir à de nouveaux participants, il ne servira peut-être à rien de maintenir le Régime si un tiers, telle une compagnie d'assurances, peut verser les prestations de retraite sous forme de rentes comme celles versées à la cessation d'un régime fondée sur la *LNPP*.

The Superintendent could consider the Plan terminated because all contributions ceased in 1984. He could find that this cessation is, in the circumstances, a *termination* as that word is defined in the *PBSA*: 47

Le surintendant pourrait considérer qu'il a été mis fin au Régime, parce qu'on a arrêté complètement de payer des cotisations en 1984. Il pourrait conclure que cet arrêt de paiement constitue, dans les circonstances, une *cessation* au sens de la définition énoncée dans la LNPP :

2. (1) In this Act,

. . .

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

. . .

"termination", in relation to a pension plan, means the cessation of crediting of benefits to plan members generally, and includes the situations described in subsections 29(1) and (2);

« cessation » Cessation d'un régime de pension dans le cas où il n'est plus porté de droits à prestation en faveur des participants et dans les cas visés par les paragraphes 29(1) et (2).

According to the guidelines issued by the Office of the Superintendent, winding up must not be delayed without the Superintendent's consent, and the administrator wanting to manage the fund is not an acceptable reason for delay. Moreover, the trust Fund, according to its terms, must be administered for the benefit of the employees and the beneficiaries, not the employer.

Selon les lignes directrices du Bureau du surintendant, la liquidation ne doit pas être retardée sans le consentement du surintendant, et la volonté de l'administrateur de gérer la caisse n'est pas une raison acceptable de la retarder. De plus, la caisse en fiducie doit, selon ses propres modalités, être gérée pour le compte des employés et des bénéficiaires, et non pour le compte de l'employeur.

48 It is up to the Superintendent to decide whether the circumstances surrounding the cessation of the contribution make the definition of "termination" mentioned above applicable and whether the delay in winding up is justified (s. 11.1).

Il appartient au surintendant de décider si les circonstances entourant l'arrêt de paiement des cotisations rendent applicable la définition de la notion de « cessation » mentionnée ci-dessus et si le retard mis à procéder à la liquidation est justifié (art. 11.1).

49 If the cessation is a termination and if the delay is not justified, the Superintendent can direct that the plan be wound up in part in accordance with s. 29(11), which reads as follows:

Si l'arrêt de paiement constitue une cessation et si le retard n'est pas justifié, le surintendant peut enjoindre de liquider en partie le Régime conformément au par. 29(11), dont voici le texte :

29. . . .

(11) Where the whole of a pension plan has been terminated and the Superintendent is of the opinion that no action or insufficient action has been taken to wind up the plan, the Superintendent may direct the administrator to distribute the assets of the plan in accordance with the regulations made under paragraph 39(*j*), and may direct that any expenses incurred in connection with that distribution be paid out of the pension fund of the plan, and the administrator shall forthwith comply with any such direction.

29. . . .

(11) Le surintendant peut, après la cessation totale d'un régime de pension, s'il est d'avis qu'aucune mesure n'a été prise en vue de sa liquidation ou que celles qui l'ont été sont insuffisantes à cette fin, enjoindre à l'administrateur de répartir les actifs du régime conformément aux règlements pris au titre de l'alinéa 39*j*) et ordonner que toutes dépenses afférentes à cette distribution soient payées sur le fonds de pension; l'administrateur doit se conformer sans délai à ces directives.

50 It is also possible that the Superintendent could exercise his power of termination. Section 29(2)(*a*) provides as follows:

Le surintendant pourrait également exercer son pouvoir de cessation. L'alinéa 29(2)*a*) prévoit ceci :

29. . . .

(2) The Superintendent may declare the whole or part of a pension plan terminated where

29. . . .

(2) Le surintendant peut, dans les cas suivants, déclarer la cessation totale ou partielle d'un régime de pension :

(*a*) there is any suspension or cessation of employer contributions in respect of all or part of the plan members;

a) la suspension ou l'arrêt de paiement des cotisations patronales relativement à plusieurs ou à l'ensemble des participants;

51 Obviously, not every cessation of contributions will result in a direction by the Superintendent.

Il est évident que tout arrêt de paiement des cotisations ne donnera pas nécessairement lieu à des

Such a direction is not, however, restricted to cases in which the trust fund no longer meets the solvency requirements. The Superintendent's power in relation to solvency issues is governed by s. 29(2)(*c*), which reads as follows:

> (*c*) the Superintendent is of the opinion that the pension plan has failed to meet the prescribed tests and standards for solvency in respect of funding referred to in subsection 9(1) [proper funding].

Since s. 29(2)(*c*) deals with solvency requirements, s. 29(2)(*a*) must cover circumstances in which the cessation of contributions does not put the funding of a plan at risk.

Just as mergers of plans and trust funds can properly be approved when the circumstances demonstrate their legitimacy, they can be objected to if they violate statutory, trust or plan provisions. Contribution holidays, although legitimate for funding purposes, can nevertheless be considered illegitimate if they hide an improper refusal to terminate a plan. Determining the validity of a reason given for not terminating a plan lies with the Superintendent and properly falls within his s. 29(2)(*a*) power.

Most of the facts that the members presented to the courts in their quest to have the rule in *Saunders v. Vautier* applied could have been submitted to the Superintendent. I do not need to deal with the members' allegations that Rogers acted in bad faith, which the lower court judges stopped short of finding. Rogers did indeed attempt to appropriate the surplus. Its resistance to the actuary's recommendation to improve employee benefits, its replacement of the less malleable actuary and trustee, the internal notes, and the improper amendments to the Plan amply demonstrate that Rogers did what it could to get at the surplus. However, past conduct is relevant only if it helps to answer the forward-looking question: is there any legitimate purpose in keeping the Plan or should it be terminated and wound up? The Superintendent can rule on questions of both fact and law, and all parties can make

directives du surintendant. Cependant, des directives ne sont pas seulement données dans les cas où la caisse en fiducie n'est plus conforme aux normes de solvabilité. Le pouvoir du surintendant quant aux questions de solvabilité est régi par l'al. 29(2)*c*), qui se lit ainsi :

> *c*) le surintendant est d'avis que le régime n'est pas conforme aux critères et normes de solvabilité réglementaires, relativement à la capitalisation prévue au paragraphe 9(1) [capitalisation suffisante].

Puisque l'al. 29(2)*c*) traite des normes de solvabilité, il s'ensuit que l'al. 29(2)*a*) doit viser des circonstances où l'arrêt de paiement des cotisations ne compromet pas la capitalisation d'un régime.

52 Tout comme elles peuvent être approuvées à juste titre lorsque les circonstances en démontrent la légitimité, les fusions de régimes et de caisses en fiducie peuvent être contestées si elles contreviennent aux dispositions d'une loi, d'une fiducie ou d'un régime. Bien qu'elles soient légitimes aux fins de capitalisation, les périodes d'exonération de cotisations peuvent néanmoins être jugées illégitimes si elles cachent un refus injustifié de mettre fin à un régime. Il appartient au surintendant, conformément au pouvoir que lui confère l'al. 29(2)*a*), de déterminer la validité d'une raison donnée pour ne pas mettre fin à un régime.

53 La plupart des faits que les participants ont présentés aux tribunaux en tentant de faire appliquer la règle de *Saunders c. Vautier* auraient pu être soumis au surintendant. Je n'ai pas à examiner les allégations des participants voulant que Rogers ait agi de mauvaise foi, lesquelles n'ont pas été retenues par les juges des tribunaux d'instance inférieure. Rogers a effectivement tenté de s'approprier le surplus. Sa résistance à la recommandation de l'actuaire de bonifier les prestations des employés, son remplacement de l'actuaire et de la fiduciaire moins influençables, les notes de service internes et les modifications illicites du Régime montrent amplement que Rogers a fait ce qu'elle pouvait pour avoir accès au surplus. Toutefois, la conduite antérieure n'est pertinente que si elle aide à répondre à la question qui se pose pour l'avenir : Y a-t-il un intérêt légitime à conserver le Régime

appropriate recommendations to him. The provisions of the *PBSA* and the regulations concerning the duties of the employer are well within the Superintendent's interpretative jurisdiction.

54 Rogers argues that the Superintendent's role is limited to solvency issues. This position disregards his supervisory role with respect to the protection of members and beneficiaries. It also overlooks s. 29(2)(*a*), which does not mention solvency and which must cover a more diverse set of circumstances than s. 29(2)(*c*), a provision that deals solely with solvency issues.

55 The Superintendent's broad power under s. 29(2) is clear. It was given judicial consideration in *Huus v. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380 (C.A.). In that case, the employer intended to consolidate a number of plans in Canada and the United States. It asked the Superintendent for permission to transfer the assets of a plan which had a surplus of $4.2 million. The employees asked, based on a provision of the Ontario *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (s. 69(1)(a)), similar to s. 29(2)(*a*) of the *PBSA*, that their pension plan be wound up on the basis that the employer had ceased contributing to the pension plan about 20 years before the consolidation application. The facts are strikingly similar to those in the instant case. The Ontario Court of Appeal affirmed the Divisional Court's decision, stating that due to the failure to consider the employees' request for a partial wind up prior to, or in conjunction with, the decision on the transfer application, the Superintendent's consent to the transfer was unreasonable. The following note from the reasons is worth mentioning (at para. 31, note 5):

I note in passing that none of the appellants takes the position that a wind-up order can flow only from an application by the employer. Although s. 68 of the [*Pension Benefits Act*] envisions a wind-up process

ou faudrait-il y mettre fin et le liquider? Le surintendant peut trancher à la fois des questions de fait et des questions de droit, et les parties peuvent lui faire des recommandations appropriées. Le surintendant a toute la compétence voulue pour interpréter les dispositions de la *LNPP* et du Règlement qui portent sur les obligations de l'employeur.

Rogers affirme que le rôle du surintendant se limite aux questions de solvabilité. Ce point de vue ne tient pas compte de son rôle surveillance en matière de protection des participants et des bénéficiaires. Il passe également sous silence l'al. 29(2)*a*), qui ne parle pas de solvabilité et qui doit viser un ensemble plus diversifié de circonstances que l'al. 29(2)*c*), lequel porte uniquement sur des questions de solvabilité.

Le pouvoir général que le par. 29(2) confère au surintendant est clair. Il a fait l'objet d'un examen judiciaire dans l'arrêt *Huus c. Ontario (Superintendent of Pensions)* (2002), 58 O.R. (3d) 380 (C.A.). Dans cette affaire, l'employeur voulait fusionner un certain nombre de régimes au Canada et aux États-Unis. Il a demandé au surintendant l'autorisation de transférer l'actif d'un régime qui affichait un surplus de 4,2 millions de dollars. Se fondant sur une disposition de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8 (l'al. 69(1)a)), semblable à l'al. 29(2)*a*) *LNPP*, les employés demandaient que leur régime de retraite soit liquidé parce que l'employeur avait cessé d'y cotiser environ 20 ans avant la demande de fusion. Les faits ont une ressemblance frappante avec ceux de la présente affaire. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de la Cour divisionnaire, en affirmant qu'en raison de l'omission d'examiner la demande de liquidation partielle présentée par les employés avant la décision sur la demande de transfert ou en même temps que celle-ci, le consentement du surintendant au transfert était déraisonnable. Il vaut la peine de reproduire la remarque suivante tirée des motifs de jugement (par. 31, note 5) :

[TRADUCTION] Je remarque, en passant, qu'aucun des appelants ne prétend qu'un ordre de liquidation peut seulement découler d'une demande de l'employeur. Bien que l'art. 68 de la [*Loi sur les régimes de retraite*]

initiated by the employer, s. 69 is not limited in this fashion. Indeed, the steps the Superintendent took in this case, to be discussed below, indicate that the Superintendent regarded it as his duty to deal with a wind-up request from the respondent retirees.

envisage un processus de liquidation enclenché par l'employeur, l'art. 69 n'est pas ainsi limité. En effet, les démarches du surintendant en l'espèce, qui seront analysées plus loin, montrent qu'il s'estimait tenu d'examiner une demande de liquidation présentée par les retraités intimés.

I agree with the Ontario Court of Appeal, and it is my view that the Superintendent's power under s. 29(2)(*a*) of the *PBSA* becomes almost a duty when employees ask him to act. His power must be exercised in conformity with the remedial purpose of the provisions of the *PBSA*.

56 Je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario et j'estime que le pouvoir que l'al. 29(2)*a*) *LNPP* confère au surintendant devient presque une obligation lorsque des employés lui demandent d'agir. Il doit exercer son pouvoir conformément à l'objet réparateur des dispositions de la *LNPP*.

In the case at bar, the contributions ceased in 1984 and the Plan has since been closed. The Superintendent can review all the circumstances and decide whether the facts warrant winding up the part of the RCI Plan that relates to the Plan, which would have the effect of terminating the Trust. He can take into account the findings of fact made in the judgment that are binding on the parties.

57 En l'espèce, les cotisations ont cessé en 1984 et le Régime est depuis fermé. Le surintendant peut examiner l'ensemble des circonstances et décider si les faits justifient la liquidation de la partie du régime de RCI qui concerne le Régime, ce qui aurait pour effet de mettre fin à la fiducie. Il peut tenir compte des conclusions de fait du jugement qui lient les parties.

Although the appeal is allowed, Rogers' arguments have not prevailed. As a result, the members should not be required to pay Rogers' costs. In addition, Rogers should bear the trustee's costs. The Court of Appeal's order as to costs should however be left undisturbed.

58 Bien que le pourvoi soit accueilli, les arguments de Rogers n'ont pas été retenus. Par conséquent, les participants ne devraient pas être tenus de payer les dépens de Rogers. De plus, Rogers devrait payer les dépens de la fiduciaire. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de modifier l'ordonnance de la Cour d'appel quant aux dépens.

For these reasons, I would allow the appeal, order Rogers to pay National Trust's costs in this Court and set aside the order of the Court of Appeal with the exception of the order as to costs, which I would affirm.

59 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner à Rogers de payer les dépens de Trust National devant notre Cour et d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel, sauf l'ordonnance relative aux dépens, qui est confirmée.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Charron JJ. were delivered by

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Charron rendus par

BASTARACHE J. —

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

1. Introduction

60 This appeal concerns a decision of the British Columbia Court of Appeal holding that the respondents Sandra Buschau et al. ("respondents") are

Le présent pourvoi porte sur une décision dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les intimés Sandra Buschau et autres

entitled to terminate an ongoing employee pension trust by invoking the rule in *Saunders v. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), a 19th century doctrine that arose in connection with the postponement of gifts in private trusts. The rule was considered by this Court in *Halifax School for the Blind v. Chipman*, [1937] S.C.R. 196, where, at p. 215, in concurring reasons (for himself and Rinfret J.), Crocket J. addressed the origins and rationale of the rule in these terms:

> It is true that in *Saunders* v. *Vautier*; *Gosling* v. *Gosling*; *Wharton* v. *Masterman*, and other cases, to which we were referred by the appellant's counsel, where there were absolute vested gifts of real estate and capital funds, entitling the donees to complete ownership and possession at a future event, the courts disregarded express directions of the testators to accumulate the rents and income in the meantime. . . .
>
> Various reasons have been ascribed for its [the rule's] establishment. Lindley, L.J., in *Harbin* v. *Masterman*, which went to the House of Lords on appeal under the name of *Wharton* v. *Masterman*, above cited, described it as "a remarkable exception" to "the general principle that a donee or legatee can only take what is given him on the terms on which it is given." He explained it as follows:
>
> > Conditions which are repugnant to the estate to which they are annexed are absolutely void, and may consequently be disregarded. . . .
> >
> > Herschell, L.C. said:
> >
> > The point seems, in the first instance, to have been rather assumed than decided. It was apparently regarded as a necessary consequence of the conclusion that a gift had vested, that the enjoyment of it must be immediate on the beneficiary becoming *sui juris*, and could not be postponed until a later date unless the testator had made some other destination of the income during the intervening period.
> >
> > Lord Davey said:
> >
> > The reason for the rule has been variously stated. It may be observed, however, that the Court of

(« intimés ») ont le droit de mettre fin à une fiducie de régime de retraite d'employés en invoquant la règle établie dans *Saunders c. Vautier* (1841), Cr. & Ph. 240, 41 E.R. 482 (Ch. D.), une règle du XIX^e^ siècle liée au report de donations dans des fiducies d'intérêt privé. Notre Cour a examiné cette règle dans l'arrêt *Halifax School for the Blind c. Chipman*, [1937] R.C.S. 196, où, à la p. 215, dans des motifs concordants rédigés en son propre nom et en celui du juge Rinfret, le juge Crocket en a expliqué les origines et la raison d'être en ces termes :

> [TRADUCTION] Il est vrai que dans les affaires *Saunders* c. *Vautier*, *Gosling* c. *Gosling* et *Wharton* c. *Masterman*, ainsi que dans d'autres affaires qui nous ont été mentionnées par l'avocat de l'appelante, où il était question de donations sans réserve et dévolues de biens immeubles et de fonds d'immobilisations qui conféraient aux donataires le droit à la pleine propriété et à la pleine possession à la survenance d'un événement futur, les tribunaux n'ont pas tenu compte des directives expresses des testateurs prescrivant l'accumulation des loyers et des revenus dans l'intervalle. . .
>
> Diverses raisons ont été énoncées pour expliquer [l']établissement [de la règle]. Dans l'affaire *Harbin* c. *Masterman*, portée en appel devant la Chambre des lords sous l'intitulé *Wharton* c. *Masterman*, précité, le lord juge Lindley a qualifié cette règle d'« exception remarquable » au « principe général voulant qu'un donataire ou un légataire ne puisse accepter ce qui lui est donné ou légué qu'aux conditions auxquelles on lui fait la donation ou le legs en question ». Il s'est ainsi expliqué :
>
> > Les conditions qui sont incompatibles avec la succession à laquelle elles se rattachent sont frappées de nullité absolue et peuvent donc être écartées. . .
> >
> > Le lord chancelier Herschell a dit ceci :
> >
> > Au départ, on semble avoir supposé plutôt que décidé qu'il en était ainsi. On a apparemment considéré que c'était une conséquence nécessaire de la conclusion qu'une donation avait été dévolue, que la bénéficiaire de cette donation devait en jouir aussitôt qu'il devenait juridiquement autonome et que la jouissance de la donation ne pouvait pas être reportée à une date ultérieure, sauf si le testateur avait affecté les revenus à d'autres fins dans l'intervalle.
> >
> > Lord Davey a affirmé ce qui suit :
> >
> > La raison d'être de la règle a été énoncée de différentes façons. Cependant, on peut constater que la

> Chancery always leant against the postponement of vesting or possession, or the imposition of restrictions on the enjoyment of an absolute vested interest. [Footnotes omitted.]

> Cour de la Chancellerie a toujours été défavorable au report de la dévolution ou de la possession à plus tard, ou à l'imposition de restrictions à la jouissance d'un droit absolu et dévolu. [Renvois omis.]

The Court of Appeal relied on the judgment of this Court in *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, as holding that the rule in *Saunders v. Vautier* was applicable to pension trusts, based on the finding in *Schmidt* that pension trusts are "classic" trusts which are subject to "all applicable trust law principles" ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 ("*Buschau No. 2*"), at para. 52). The appellant employer, Rogers Communications Inc. ("RCI"), now appeals that decision of the Court of Appeal, arguing that the respondents cannot invoke the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the pension trust. The respondents' purpose in seeking to terminate the pension trust was to crystallize and obtain the actuarial surplus, to which they would not otherwise be entitled unless the pension plan was terminated in some other way, such as by the employer pursuant to the terms of the Plan. A previous decision of the Court of Appeal had determined that despite the amendments to the trust made by RCI, the respondents retained the right to any actual surplus upon termination ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 ("*Buschau No. 1*")). It should also be noted that the pension plan itself provided that any surplus remaining upon termination after payment of the defined benefits would be distributed among the plan members.

61 La Cour d'appel a considéré que la règle de *Saunders c. Vautier* s'appliquait aux fiducies de retraite en raison de la conclusion tirée par notre Cour dans l'arrêt *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, selon laquelle les fiducies de retraite sont des fiducies « classiques » assujetties « à tous les principes applicables du droit des fiducies » ((2004), 24 B.C.L.R. (4th) 85, 2004 BCCA 80 (« *Buschau n^o 2* »), par. 52). L'employeur appelant, Rogers Communications Inc. (« RCI »), se pourvoit maintenant contre cette décision de la Cour d'appel en soutenant que les intimés ne peuvent invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie de retraite. En cherchant à mettre fin à la fiducie de retraite, les intimés entendaient cristalliser et toucher le surplus actuariel auquel ils n'auraient pas droit par ailleurs, sauf s'il était mis fin à la fiducie d'une autre façon, comme, par exemple, sur l'initiative de l'employeur conformément aux modalités du régime. Dans une décision antérieure, la Cour d'appel avait décidé que, malgré les modifications apportées à la fiducie par RCI, les intimés avaient conservé le droit à tout surplus réel en cas de cessation ((2001), 83 B.C.L.R. (3d) 261, 2001 BCCA 16 (« *Buschau n^o 1* »)). Il importe également de souligner que le régime de retraite lui-même prévoyait que tout surplus qui resterait au moment de la cessation, après le versement des prestations déterminées, serait réparti entre les participants au régime.

The decision of the Court of Appeal also raises questions regarding the nature and content of an employer's obligation of good faith in a pension plan setting. In particular, it asks to what extent an employer is entitled to act in its own interests in the administration of a pension plan, consistent with its obligation to act in good faith. In *Buschau No. 2*, the Court of Appeal held that RCI's good faith obligation would preclude an amendment to re-open the Rogers Communications Inc. pension plan ("RCI Plan"), which was closed to new members in 1984.

62 La décision de la Cour d'appel soulève également des questions concernant la nature et le contenu de l'obligation d'un employeur d'agir de bonne foi dans le contexte d'un régime de retraite. Plus particulièrement, elle soulève la question de savoir jusqu'à quel point un employeur peut agir dans son propre intérêt en gérant un régime de retraite, en conformité avec son obligation d'agir de bonne foi? Dans l'arrêt *Buschau n^o 2*, la Cour d'appel a conclu que l'obligation de bonne foi de RCI empêcherait de rouvrir, par voie de modification, le régime de retraite de Rogers Communications Inc. (« régime de RCI »), qui a été fermé à de nouveaux participants en 1984.

63 National Trust Co., trustee of the pension trust under consideration in the main case (the "Trust"), also appeals the Court of Appeal's decision. It asks this Court to overturn the order made in the supplementary reasons of the Court of Appeal issued on May 18, 2004, wherein that court ordered National Trust to "tur[n] over the Trust assets, after the payment of all necessary debts and expenses, to the petitioners" ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 ("*Buschau No. 3*"), at para. 16). National Trust argues that the effect of the decision of the Court of Appeal is to devolve upon it the authority and legal responsibility to give effect to and administer the termination of the Trust, an authority it says it does not possess under the terms of the RCI Plan or any applicable statute. National Trust argues that it is in no position to reconcile the decision of the court with the various legislative standards and requirements applicable to the termination of the Plan and Trust. It asks this Court to reverse the decision to impose on it duties and responsibilities it is not authorized to undertake pursuant to the Trust agreement, such duties and responsibilities belonging to the employer RCI or the Superintendent of Financial Institutions ("Superintendent"), pursuant to the applicable legislation and/or the terms of the Plan.

La Compagnie Trust National (« Trust National »), fiduciaire de la fiducie de retraite (« fiducie ») examinée dans le dossier principal, interjette également appel contre la décision de la Cour d'appel. Elle demande à notre Cour d'infirmer l'ordonnance dans laquelle la Cour d'appel lui a enjoint, dans des motifs supplémentaires déposés le 18 mai 2004, de [TRADUCTION] « remet[tre] l'actif de la fiducie aux requérants une fois acquittées toutes les dettes et dépenses nécessaires » ((2004), 27 B.C.L.R. (4th) 17, 2004 BCCA 282 (« *Buschau n^o 3* »), par. 16). Trust National fait valoir que la décision de la Cour d'appel a pour effet de lui transférer le pouvoir et la responsabilité juridique de mettre en œuvre et de gérer la cessation de la fiducie, pouvoir qu'elle affirme ne pas avoir en vertu des modalités du régime de RCI ou de toute loi applicable. Elle soutient qu'elle n'est pas en mesure de concilier la décision de la cour avec les différentes normes et exigences législatives qui s'appliquent à la cessation du régime et de la fiducie. Trust National demande à notre Cour d'infirmer la décision de lui imposer des obligations et des responsabilités qu'elle ne peut pas assumer selon la convention de fiducie et qui incombent à l'employeur RCI ou au surintendant des institutions financières (« surintendant »), selon les dispositions législatives applicables ou les modalités du régime, ou les deux à la fois.

2. Background

2. Contexte

64 RCI and respondents both provided a description of the events leading to the present appeal to establish the factual background for dealing with this case. I reproduce here the essence of their descriptions. It must be noted however that there is some disagreement concerning, in particular, the actual number of members in the Plan and the role played by the trustee National Trust, also an appellant.

En vue d'établir le contexte factuel de la présente affaire, RCI et les intimés ont respectivement fourni une description des événements à l'origine du présent pourvoi. Je reproduis ici l'essentiel de leurs descriptions. Il faut cependant souligner l'existence d'un certain désaccord au sujet notamment du nombre réel de participants au régime et du rôle joué par la fiduciaire Trust National, une autre partie appelante.

65 The corporate predecessor of RCI established the Premier Pension Plan as a non-contributory defined benefit plan in January 1974 by means of two documents, a trust agreement and a plan document. Eventually, as a result of corporate acquisitions and mergers, the Premier Plan was one of

En janvier 1974, la société remplacée par RCI a mis sur pied le régime de retraite de Premier, un régime non contributif à prestations déterminées, au moyen de deux documents, soit une convention de fiducie et un document relatif au régime. À la suite d'acquisitions et de fusions de sociétés, le

several pension plans administered by RCI for the benefit of employees of RCI and its corporate affiliates.

Membership in the Premier Plan was compulsory for all full-time employees over the age of 25 having completed one year of service. In 1984, RCI amended the Premier Plan to close it to employees hired after July 1, 1984. The following year, RCI withdrew $968,285 from the Plan surplus and began taking contribution holidays on the recommendation of their actuary, T.I. Benefits. In 1992, RCI merged the Premier Plan with four other RCI plans by amending the plan documents to create a common plan text. No steps were taken to amend the separate Premier Trust agreement or formally merge the Premier Trust with the trusts established for the other RCI plans, but the amendments provided that any surplus funds remaining on termination would revert to RCI instead of the members. The respondents say that the merger was a device to use the Premier Plan surplus to compensate for deficits in some of the other merged plans.

Pursuant to the provisions of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.) ("*PBSA*"), and the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), the merged pensions plan (the RCI Plan) was registered with the Superintendent and the Canada Customs and Revenue Agency.

The respondents sued RCI in 1995 seeking various forms of relief, including a declaration that the merger of the Premier Plan with other plans forming the RCI Plan was unlawful and the return of the money taken out of the Trust. This action came to trial in 1998 and the merger was held to be lawful. The trial judge found that the members were entitled to the benefits they were promised under the original Plan, including the right to any surplus existing on termination of the merged plan: (1998), 54

régime de Premier a fini par devenir l'un des nombreux régimes de retraite que RCI gérait pour le compte de ses employés et de ceux de ses filiales.

66 L'adhésion au régime de Premier était obligatoire pour tous les employés à temps plein âgés de plus de 25 ans et comptant une année de service. En 1984, RCI a modifié le régime de Premier de manière à le fermer aux employés embauchés après le 1er juillet 1984. L'année suivante, sur recommandation de son cabinet d'actuaires, T.I. Benefits, RCI a retiré la somme de 968 285 $ du surplus du régime et a commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations. En 1992, RCI a fusionné le régime de Premier avec quatre autres de ses régimes en modifiant les documents relatifs à ces régimes de manière à créer un texte de régime commun. Aucune mesure n'a été prise en vue de modifier la convention de fiducie distincte relative au régime de Premier ou de fusionner officiellement la fiducie de Premier avec celles établies pour les autres régimes de RCI. Cependant, les modifications prévoyaient que tout surplus qui resterait au moment de la cessation reviendrait à RCI plutôt qu'aux participants. Les intimés affirment que la fusion était un moyen d'utiliser le surplus du régime de Premier pour compenser les déficits de certains autres régimes fusionnés.

67 Conformément aux dispositions de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.) (« *LNPP* »), et de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), le régime de retraite issu de la fusion (le régime de RCI) a été agréé auprès du surintendant et de l'Agence des douanes et du revenu du Canada.

68 En 1995, les intimés ont intenté contre RCI une action dans laquelle ils sollicitaient diverses formes de réparation, dont un jugement déclarant illégale la fusion du régime de Premier avec d'autres régimes qui était à l'origine du régime de RCI, ainsi que la restitution de la somme retirée de la fiducie. Le procès a eu lieu en 1998, et la fusion a été jugée légale. Le juge de première instance a conclu que les participants avaient droit aux avantages qui leur avaient été promis dans le cadre du régime initial et

B.C.L.R. (3d) 125. On January 11, 2001, the Court of Appeal upheld the finding that the merger was valid but held that the merger of the pension plans did not affect the existence of the Premier Trust as a separate trust. The court ordered that "the members of the Premier Plan shall be at liberty to undertake proceedings in the Supreme Court of British Columbia to terminate the Premier Trust, based either on the rule in *Saunders v. Vautier* or on the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463 to the extent either may be applicable". The Court of Appeal held that RCI had no "interest" in the Trust and that its consent was therefore not necessary under the rule in *Saunders v. Vautier* (see *Buschau No. 1*). RCI paid back the surplus that it had removed before judgment was delivered. While the decision of the Court of Appeal on this issue is not under appeal, I would note at the outset that the court's finding in *Buschau No. 1* that the Plan (and fund) and Trust can be severed and dealt with independently is no doubt responsible in large part for the difficulties posed in this appeal.

notamment à tout surplus qui existerait au moment de la cessation du régime fusionné : (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 125. Le 11 janvier 2001, la Cour d'appel a confirmé la conclusion selon laquelle la fusion était valide, mais elle a jugé que la fusion des régimes de retraite n'avait aucun effet sur la fiducie de Premier qui continuait d'exister comme une entité distincte. La cour a ordonné que [TRADUCTION] « les participants au régime de Premier soient libres d'engager devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique des procédures destinées à mettre fin à la fiducie de Premier en se fondant soit sur la règle de *Saunders c. Vautier* soit sur la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463, dans la mesure où l'une ou l'autre pourra s'appliquer ». La Cour d'appel a décidé que RCI n'avait aucun « intérêt » dans la fiducie et qu'il n'était donc pas nécessaire d'obtenir son consentement selon la règle de *Saunders c. Vautier* (voir *Buschau n^o 1*). Avant le prononcé du jugement, RCI a remboursé la partie du surplus qu'elle avait retirée. Bien que la décision de la Cour d'appel sur cette question ne soit pas portée en appel, je tiens à souligner au départ qu'il ne fait aucun doute que la conclusion tirée par cette cour dans l'arrêt *Buschau n^o 1*, selon laquelle le régime (et la caisse) et la fiducie peuvent être dissociés et traités séparément, est en grande partie à l'origine des difficultés qui se posent dans le présent pourvoi.

69 On May 24, 2001, the respondents petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order terminating the Premier Trust. This was the commencement of the present proceeding. The respondents sought, *inter alia*, an order "that the Premier Pension Plan be terminated or, alternatively, that the surplus portion of the Premier Pension Plan be terminated".

Le 24 mai 2001, les intimés ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance mettant fin à la fiducie de Premier. Cette requête a marqué le début de la présente instance. Les intimés sollicitaient notamment une ordonnance enjoignant [TRADUCTION] « de mettre fin au régime de retraite de Premier ou, subsidiairement, au surplus du régime de retraite de Premier ».

70 Loo J. heard the petition in two stages. Following the first hearing in November 2001, she held that the applicability of the rule in *Saunders v. Vautier* was decided by the previous decision of the Court of Appeal, and that the rule was applicable. She ordered RCI to provide to the respondents information pertaining to the Plan "so they can obtain the necessary consents to terminate the Plan" ((2002),

La juge Loo a entendu la requête en deux étapes. En novembre 2001, au terme de la première audition, elle a conclu que la question de l'applicabilité de la règle de *Saunders c. Vautier* avait été tranchée dans la décision antérieure de la Cour d'appel, et que la règle s'appliquait. Elle a ordonné à RCI de fournir aux intimés les renseignements sur le régime [TRADUCTION] « qui leur permettront

100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624, at paras. 12 and 33).

On January 7, 2003, the respondents came to court with consents executed by the 144 members of the Plan. The respondents lacked, however, the consent of approximately 25 of the beneficiaries designated by the members pursuant to the plan provisions. The respondents could not rely on the rule in *Saunders v. Vautier* to terminate the Premier Trust because it requires the consent of all possible beneficiaries. They therefore sought to have the court consent to the termination, on behalf of the designated beneficiaries, pursuant to s. 1 of the *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 463.

In reasons issued on May 1, 2003 ((2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, 2003 BCSC 683), Loo J. held that the respondents were entitled to terminate the Premier Trust and gave the court's consent on behalf of the designated beneficiaries to such termination.

Newbury J.A. issued reasons for judgment on behalf of the Court of Appeal on February 20, 2004. She held, at paras. 11 and 22 of *Buschau No. 2*, that:

(a) Loo J. erred in holding that the applicability of the rule in *Saunders v. Vautier* was decided by the previous judgment of the Court of Appeal. The conclusion that *Saunders v. Vautier* applied was, however, correct;

(b) The respondents were not entitled to terminate the Premier Trust under the rule in *Saunders v. Vautier* because they lacked the consent of all designated beneficiaries;

(c) Loo J. erred in holding that the court had jurisdiction, under the *Trust and Settlement Variation Act*, to consent to a termination of the Premier Trust on behalf of capacitated designated beneficiaries;

d'obtenir les consentements requis pour mettre fin au régime » ((2002), 100 B.C.L.R. (3d) 327, 2002 BCSC 624, par. 12 et 33).

71 Le 7 janvier 2003, les intimés se sont présentés à la cour munis des consentements signés par les 144 participants au régime. Toutefois, ils n'avaient pas obtenu le consentement d'environ 25 des bénéficiaires que les participants avaient désignés conformément aux dispositions du régime. Les intimés ne pouvaient pas invoquer la règle de *Saunders c. Vautier* pour mettre fin à la fiducie de Premier parce qu'elle exige le consentement de tous les bénéficiaires éventuels. Ils ont donc demandé à la cour de consentir à la cessation au nom des bénéficiaires désignés, conformément à l'art. 1 de la *Trust and Settlement Variation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 463.

72 Dans des motifs déposés le 1er mai 2003 ((2003), 13 B.C.L.R. (4th) 385, 2003 BCSC 683), la juge Loo a décidé que les intimés avaient le droit de mettre fin à la fiducie de Premier, et a donné, au nom des bénéficiaires désignés, le consentement de la cour à cette cessation.

73 Le 20 février 2004, la juge Newbury a déposé des motifs de jugement au nom de la Cour d'appel. Elle a conclu ceci, aux par. 11 et 22 de l'arrêt *Buschau nº 2* :

a) la juge Loo a commis une erreur en décidant que la question de l'applicabilité de la règle de *Saunders c. Vautier* avait été tranchée dans le jugement antérieur de la Cour d'appel. Elle a cependant eu raison de conclure que cette règle s'appliquait;

b) les intimés n'avaient pas le droit de mettre fin à la fiducie de Premier en application de la règle de *Saunders c. Vautier* parce qu'ils n'avaient pas obtenu le consentement de tous les bénéficiaires désignés;

c) la juge Loo a commis une erreur en décidant que, aux termes de la *Trust and Settlement Variation Act*, la cour avait compétence pour consentir à la cessation de la fiducie de Premier au nom de bénéficiaires désignés ayant la capacité juridique;

(d) It was not possible that RCI could reopen the Premier Plan to new members "since such a step could not, in the particular circumstances of this case, be taken in good faith by this employer *vis-à-vis* the existing beneficiaries".

74 The court held that "normally" the appeal would be allowed but, in this case, the court would withhold entering judgment for three months to give the respondents an opportunity, as suggested by the court, to revoke the designations of existing beneficiaries (who were not before the court), gather further consents and make further submissions (paras. 11 and 103).

75 Subsequently, the Court of Appeal received motions for judgment from RCI and the respondents. In an order issued by the Court of Appeal on May 18, 2004 in *Buschau No. 3*, the court held that the appeal should be allowed but made, *inter alia*, the following orders:

THIS COURT ORDERS that the appeal is allowed, that the order of Loo, J. be set aside, and that the petition brought pursuant to the *Trust and Settlement Variation Act* be dismissed;

THIS COURT FURTHER ORDERS that the appellant, Rogers Communications Inc. ("RCI"), does not have an "interest" in the Trust that would make its consent to the termination under *Saunders v. Vautier* necessary;

THIS COURT ORDERS that, provided the consents of all Members and those persons who are now designated beneficiaries have been obtained for the termination of the Trust, the petitioners shall be at liberty to proceed to invoke the rule in *Saunders v. Vautier*;

. . .

THIS COURT FURTHER ORDERS that RCI cannot amend the Premier Pension Plan to permit the addition of new members.

76 As of March 31, 2002, the portion of assets in the master trust allocated to the Premier Trust was approximately $11 million greater than the actuarial liabilities for the Premier Plan members (RCI's factum, at para. 24).

d) RCI ne pouvait pas rouvrir le régime de Premier à de nouveaux participants [TRADUCTION] « étant donné que, dans les circonstances particulières de la présente affaire, ce n'était pas une mesure que cet employeur pouvait prendre de bonne foi eu égard aux bénéficiaires existants ».

La cour a conclu que « normalement » l'appel serait accueilli, mais qu'en l'espèce elle attendrait pendant trois mois avant de rendre jugement afin que les intimés puissent, comme elle le proposait, révoquer les désignations de bénéficiaires existants (qui n'étaient pas devant elle), obtenir d'autres consentements et présenter d'autres arguments (par. 11 et 103).

La Cour d'appel a, par la suite, reçu des requêtes en jugement déposées par RCI et les intimés. Dans une ordonnance rendue le 18 mai 2004 dans l'arrêt *Buschau n^o^ 3*, elle a conclu que l'appel devait être accueilli, mais elle a notamment ajouté ceci par voie d'ordonnance :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE que l'appel soit accueilli, que l'ordonnance de la juge Loo soit annulée et que la requête fondée sur la *Trust and Settlement Variation Act* soit rejetée;

LA COUR DÉCLARE EN OUTRE que l'appelante, Rogers Communications Inc. (« RCI »), n'a dans la fiducie aucun « intérêt » qui, selon *Saunders c. Vautier*, rendrait nécessaire son consentement à la cessation;

LA COUR DÉCLARE que, pourvu que tous les participants et toutes les personnes actuellement désignées comme bénéficiaires aient donné leur consentement à la cessation de la fiducie, les requérants seront libres d'invoquer la règle de *Saunders c. Vautier*;

. . .

LA COUR DÉCLARE EN OUTRE que RCI ne peut modifier le régime de retraite de Premier pour permettre l'adhésion de nouveaux participants.

Dès le 31 mars 2002, la part de l'actif de la fiducie principale attribuée à la fiducie de Premier représentait environ 11 millions de dollars de plus que la provision actuarielle au titre des participants au régime de Premier (mémoire de RCI, par. 24).

The Court of Appeal further decided that the Trustee would have to satisfy itself that the conditions under the rule in *Saunders v. Vautier* had been met and that all statutory requirements had been complied with before distribution. If necessary, the Trustee could seek direction under s. 86 of the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c. 464. The court also rejected the submission that proceedings under the *Trust and Settlement Variation Act* would be required, given that the Trust could be terminated under the rule in *Saunders v. Vautier* itself (*Buschau No. 3*).

77 La Cour d'appel a en outre décidé que la fiduciaire devrait s'assurer que les conditions de la règle de *Saunders c. Vautier* avaient été remplies et que toutes les exigences légales avaient été respectées avant de procéder à la répartition. La fiduciaire pouvait, au besoin, présenter une demande de directives fondée sur l'art. 86 de la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 464. Étant donné qu'il pouvait être mis fin à la fiducie en vertu de la règle de *Saunders c. Vautier* même, la cour a également rejeté l'argument selon lequel une instance fondée sur la *Trust and Settlement Variation Act* serait nécessaire (*Buschau n^o^ 3*).

At the hearing of this appeal on November 15, 2005, this Court requested that the parties provide further written submissions regarding the interface between the rule in *Saunders v. Vautier* and the *PBSA*. This decision followed a discussion between various members of the Court and counsel concerning possible conflicts between the rule in *Saunders v. Vautier* and the *PBSA*. I might also add that the same concerns had been raised by National Trust in its factum.

78 Lors de l'audition du présent pourvoi le 15 novembre 2005, notre Cour a demandé aux parties de présenter d'autres observations écrites concernant l'interaction de la règle de *Saunders c. Vautier* avec la *LNPP*. Cette décision a été prise à la suite d'une discussion entre différents membres de la Cour et avocats au sujet des conflits possibles entre cette règle et la *LNPP*. J'ajouterais également que Trust National avait exprimé les mêmes préoccupations dans son mémoire.

3. Analysis

3. Analyse

The *PBSA* is a comprehensive statutory scheme structured to further the public policy objective of enhanced financial security for workers upon their withdrawal from the active workforce. The *PBSA*, together with the *Pension Benefits Standards Regulations, 1985*, SOR/87-19, facilitates pension contributions from workers and employers, and protects and preserves pension funds and maximizes pension benefits, all in the interest of providing income security for workers in retirement.

79 La *LNPP* est un régime législatif complet conçu pour favoriser la réalisation de l'objectif de politique générale d'amélioration de la sécurité financière des travailleurs au moment où ils quittent les rangs de la population active. Conjuguée au *Règlement de 1985 sur les normes de prestation de pension*, DORS/87-19, elle facilite les cotisations de retraite des travailleurs et des employeurs, protège et préserve les caisses de retraite et maximise les prestations de retraite, tout cela dans le but d'assurer une sécurité du revenu aux travailleurs retraités.

Within this comprehensive scheme, s. 29 and the regulations enacted in relation thereto contain detailed provisions for the termination of pension plans and the distribution of plan assets.

80 Dans le cadre de ce régime complet, l'art. 29 et le règlement qui s'y rapporte contiennent des dispositions détaillées qui régissent la cessation des régimes de retraite et la répartition de leur actif.

Given the voluntary nature of the private pension plan system, employers are generally entitled to terminate a pension plan, as expressed in most plan documents, including the Plan at issue here. This

81 Étant donné que le système de régimes de retraite privés est de nature facultative, les employeurs ont généralement le droit de mettre fin à un régime de retraite, y compris celui en cause dans la présente

right is recognized in s. 29(5) of the *PBSA*, which refers to the intention of a plan administrator (who in most cases will be the employer) to terminate a pension plan. But the Superintendent is also given power to terminate pension plans in other certain specified situations. He has the power to revoke a pension plan's registration for failure to comply with directions (s. 11.1). Directions of compliance can be issued where the Superintendent is of the opinion that an administrator or employer is acting in a manner "contrary to safe and sound financial or business practices" (s. 11(1)), or that a pension plan, or the administration of a pension plan, is not compliant with the *PBSA* or regulations (s. 11(2)). If registration is revoked, a plan is deemed to have been terminated (s. 29(1)).

82 In addition to deemed termination in consequence of the revocation of a plan's registration, s. 29(2) stipulates three other situations in which the Superintendent has power to directly order the termination of a plan. The Superintendent may exercise this power when there has been: (a) cessation or suspension of employer contributions; (b) discontinuance of the employer's business operations; or (c) the employer's failure to fund the plan in accordance with prescribed standards of solvency. In each case, the power is directed to circumstances in which the security of the promised pension benefits is threatened.

83 This is consistent with the statute governing the Office of the Superintendent which states that the objects of the Office, in respect of pension plans, are: (a) to supervise pension plans in order to determine if they meet minimum funding requirements or are complying with the other requirements of the legislation; (b) if not, to advise the administrator and take, or advise the administrator to take, necessary corrective measures; and (c) to promote the adoption by administrators of policies and procedures designed to control and manage risk (see the *Office of the Superintendent of Financial Institutions Act*, R.S.C. 1985, c. 18 (3rd Supp.), Part I). It is apparent from the statutory objects of the Office that the supervisory

affaire; c'est ce que prévoient la plupart des documents relatifs à ces régimes. Ce droit est reconnu par le par. 29(5) *LNPP*, qui renvoie à l'intention de l'administrateur d'un régime de pension (qui, dans la plupart des cas, est l'employeur) de mettre fin à un régime de retraite. Toutefois, le surintendant est également habilité à mettre fin à des régimes de pension dans certaines autres situations précises. Il a le pouvoir de révoquer l'agrément d'un régime de pension pour défaut de se conformer à des directives (art. 11.1). Le surintendant peut donner des directives s'il est d'avis qu'un administrateur ou un employeur agit d'une manière « contrair[e] aux bonnes pratiques du commerce » (par. 11(1)), ou s'il estime qu'un régime de pension ou la gestion de celui-ci n'est pas conforme à la *LNPP* ou aux règlements (par. 11(2)). Si l'agrément est révoqué, le régime est réputé avoir pris fin (par. 29(1)).

Outre la présomption de cessation qui résulte de la révocation de l'agrément d'un régime, le par. 29(2) mentionne trois autres cas où le surintendant a le pouvoir d'ordonner directement la cessation d'un régime. Le surintendant peut exercer ce pouvoir lorsqu'il y a eu a) suspension ou arrêt de paiement des cotisations patronales, b) abandon des secteurs d'activité de l'employeur ou c) omission de l'employeur de cotiser au régime conformément aux normes de solvabilité réglementaires. Dans chaque cas, le pouvoir vise des cas où la sécurité des prestations de retraite promises est menacée.

Cela est compatible avec le texte législatif régissant le Bureau du surintendant, qui précise que le Bureau poursuit, à l'égard des régimes de pension, les objectifs suivants : a) superviser les régimes de pension pour s'assurer du respect des exigences minimales de capitalisation et des autres exigences de la mesure législative; b) en cas de non-respect de ces exigences, aviser l'administrateur et prendre les mesures nécessaires pour corriger la situation, ou forcer l'administrateur à les prendre; c) inciter les administrateurs à se doter de politiques et de procédures pour contrôler et gérer le risque (voir la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. 1985, ch. 18 (3^{e} suppl.), partie I). Il ressort des objectifs légaux du Bureau que la

focus of the Superintendent is primarily on matters affecting the solvency or financial condition of pension plans. It is worth noting here that National Trust invokes the *PBSA* in its appeal, arguing at para. 70 of its factum that "[t]he judgment of the British Columbia Court of Appeal turns this statutory scheme on its head and places the Trustee in the role that by statute has been assigned to the administrator and to the Superintendent."

supervision assurée par le surintendant porte principalement sur les questions touchant la solvabilité ou la situation financière des régimes de pension. Il convient de noter ici que Trust National invoque la *LNPP* dans son pourvoi, en faisant valoir au par. 70 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [l]e jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique va à l'encontre du régime législatif et confie au fiduciaire le rôle que la loi assigne à l'administrateur et au surintendant. »

There is no provision in the *PBSA* for plan beneficiaries to terminate a pension plan. Furthermore, there is no provision in the *PBSA* for any party (employer, administrator, trustee, Superintendent, plan members or other beneficiaries) to terminate the Trust under which the pension fund contributions are held as security for the payment of plan benefits, prior to, and independent of, the termination of the Plan. Beneficiaries may request that the Superintendent exercise his discretionary power under s. 29(2), but the Superintendent's power to terminate a plan is available only where the stipulated pre-conditions are met. The Superintendent does not have a general discretion to terminate pension plans.

84 Aucune disposition de la *LNPP* ne permet aux bénéficiaires d'un régime de retraite de mettre fin à ce régime. De plus, aucune disposition de la *LNPP* ne permet à quiconque (employeur, administrateur, fiduciaire, surintendant, participants au régime ou autres bénéficiaires) de mettre fin à la fiducie en vertu de laquelle les cotisations à la caisse de retraite sont détenues à titre de garantie du versement des prestations du régime, avant la cessation du régime et indépendamment de celle-ci. Les bénéficiaires peuvent demander au surintendant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 29(2), mais le pouvoir du surintendant de mettre fin à un régime ne peut être exercé que si les conditions préalables énoncées sont remplies. Le surintendant n'a aucun pouvoir discrétionnaire général de mettre fin à des régimes de retraite.

"[T]ermination" in relation to a pension plan is defined in the *PBSA* as the cessation of the crediting of benefits to plan members generally (s. 2(1)). Termination of a pension plan is distinguished from "winding-up" which refers to the distribution of the assets of a terminated pension plan. The *PBSA* provides that the pension fund assets are only to be distributed after the Superintendent approves a report filed by the plan administrator on the termination of a plan. The report must set out the nature of the benefits to be provided under the plan and describe the methods of allocating and distributing those benefits (s. 29(9) and (10)).

85 La *LNPP* définit le terme « cessation » comme étant la cessation d'un régime de pension dans le cas où il n'est plus porté de droits à prestation en faveur des participants (par. 2(1)). Une distinction est établie entre la cessation d'un régime de pension et sa « liquidation », qui désigne la répartition de l'actif d'un régime de pension à la suite de sa cessation. La *LNPP* prévoit que l'actif de la caisse de retraite ne peut être réparti qu'une fois que le surintendant a approuvé le rapport déposé par l'administrateur lors de la cessation du régime. Ce rapport doit exposer la nature des prestations à verser au titre du régime et décrire les méthodes d'affectation et de répartition de celles-ci (par. 29(9) et (10)).

A major issue in this appeal is whether termination of the Plan must logically precede the termination of the Trust. According to RCI, the judgment

86 Une question importante dans le présent pourvoi est de savoir si la cessation du régime doit logiquement précéder la cessation de la fiducie. Selon RCI,

of the British Columbia Court of Appeal reverses the legislative scheme by permitting the beneficiaries of the Premier Plan to terminate the Trust and distribute the Trust assets, which were being held as security for the pension benefits accruing under the Plan, outside the legislative scheme and prior to the termination of the pension plan itself. It argues at para. 18 of its supplemental factum that

> [i]n enacting the *PBSA, 1985*, Parliament intended to devise a comprehensive scheme for dealing with issues of pension plan regulation, including the circumstances of their termination and the winding up and distribution of assets held in pension funds. If it had contemplated granting additional rights to plan members to act on their own initiative to terminate pension trusts and distribute plan assets, it would have done so.

87 It would appear that none of the statutory grounds for termination of a pension plan are present in this case. The Premier Plan is fully funded and there is no threat to the solvency of the Plan or the security of the pension benefits. There is no issue that the RCI Plan is being administered in a manner contrary to safe and sound financial or business practices, nor of non-compliance with the requirements of the legislation.

88 RCI has suspended contributions to the Plan. However, these contribution holidays are authorized by the terms of the Plan and have been approved by the courts. The reference to "suspension or cessation of employer contributions" in s. 29(2)(*a*) of the *PBSA* must be construed as referring to situations where an employer does not make required contributions. It does not extend to contribution holidays where the employer is relieved from making contributions by reason of a surplus in the Plan.

3.1 *The Applicability of the Rule in Saunders v. Vautier*

89 RCI recognizes that there may be circumstances in which it is appropriate to apply common law trust principles to resolve issues regarding pension

le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique va à l'encontre du régime législatif en autorisant les bénéficiaires du régime de Premier à mettre fin à la fiducie et à en répartir l'actif, qui était détenu à titre de garantie du versement des prestations de retraite accumulées en vertu du régime, en dehors du régime législatif et avant la cessation du régime de retraite lui-même. Elle fait valoir ceci au par. 18 de son mémoire supplémentaire :

> [TRADUCTION] Lorsqu'il a édicté la *LNPP de 1985*, le législateur a voulu établir un régime complet à l'égard des questions de réglementation des régimes de retraite, y compris les circonstances de leur cessation ainsi que la liquidation et la répartition de l'actif détenu dans les caisses de retraite. S'il avait songé à accorder aux participants à ces régimes des droits additionnels de procéder, de leur propre initiative, à la cessation des fiducies de retraite et à la répartition de l'actif des régimes, il l'aurait fait.

Aucune des raisons, prévues par la Loi, de mettre fin à un régime de retraite ne semblerait exister en l'espèce. Le régime de Premier est entièrement capitalisé, et la solvabilité du régime et la sécurité des prestations de retraite ne sont pas compromises. Personne ne conteste que le régime de RCI est géré d'une manière contraire aux bonnes pratiques du commerce ou non conforme aux exigences de la mesure législative.

RCI a suspendu ses cotisations au régime. Toutefois, ces périodes d'exonération de cotisations sont autorisées par les modalités du régime et ont été approuvées par les tribunaux. La mention de « la suspension ou l'arrêt de paiement des cotisations patronales », à l'al. 29(2)*a*) *LNPP*, doit être interprétée comme visant les cas où l'employeur n'effectue pas les cotisations requises. Elle ne vise pas les périodes d'exonération de cotisations pendant lesquelles l'employeur est dispensé d'effectuer des cotisations en raison de l'existence d'un surplus dans le régime.

3.1 *L'applicabilité de la règle de Saunders c. Vautier*

RCI reconnaît qu'il peut y avoir des cas où il convient d'appliquer les principes de common law en matière de fiducie pour résoudre les questions

plans which have not been directly addressed in the legislation. I agree. This was the approach taken in *Schmidt* with respect to the question of ownership of surplus on termination of a pension plan. In that case, it was acknowledged that there was a gap in the legislation and the provisions of the statute did not provide guidance on this issue. However, RCI argues that, in the present case, s. 29 contains detailed provisions regarding the circumstances and manner in which pension plans may be terminated. RCI concludes that the legislation has "occupied the field" on this issue and there is no room for the operation of a common law rule.

Pension trusts are not the same as traditional trusts, as stated by the Court of Appeal at paras. 1-2 in *Buschau No. 1*. In employment pension trusts, there is a legal relationship between the parties apart from the trust and continuing obligations on the part of the administrator. In the present case, in view of its very terms (see General Rule Seven (2)), there is no entitlement to an actuarial surplus while the Plan is ongoing. As stated by the Court of Appeal, the Trust Agreement and the Plan form an "integrated whole" (*Buschau No. 2*, at para. 13). Moreover, this is a defined benefit plan, i.e., a plan that is entirely funded by the employer, where members have an equitable interest in the trust assets, a right *in personam* against the trustee to require proper administration of the trust assets, and a contingent interest to the trust assets existing on plan termination if they are alive and members at the date of termination. The employer assumes the risk in such a plan; when interest rates and investment returns are high, a surplus will be realized, and when the economy changes, unfunded liabilities will often result. The goal is to require contributions by the employer that are sufficient to provide the defined benefits over long periods of time in spite of market fluctuations. To permit termination of the Plan when a surplus has been realized independently of the terms of the Plan is not consistent with its object or the applicable statutory regime. The contract

relatives aux régimes de retraite qui n'ont pas été directement abordées dans la mesure législative. Je partage cet avis. Tel est le point de vue qui a été adopté dans l'affaire *Schmidt* au sujet de la propriété d'un surplus à la cessation d'un régime de retraite. Dans cette affaire, on a reconnu qu'il existait une question non résolue par la loi et que les dispositions de la loi en cause ne fournissaient aucun indice de l'intention législative à cet égard. RCI fait cependant valoir qu'en l'espèce l'art. 29 contient des dispositions détaillées qui régissent les circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à des régimes de retraite, et la manière dont cela peut être fait. Elle conclut que cette question est [TRADUCTION] « entièrement régie » par la mesure législative et il n'y a pas lieu d'appliquer une règle de common law.

90 Contrairement à ce qu'affirme la Cour d'appel aux par. 1 et 2 de l'arrêt *Buschau n^o^ 1*, les fiducies de retraite ne sont pas des fiducies classiques. Dans les fiducies de régime de retraite d'employés, il existe un rapport juridique entre les parties indépendamment de la fiducie et des obligations permanentes de l'administrateur. En l'espèce, compte tenu des modalités mêmes du régime (voir la Septième règle générale, section 2), il n'y a aucun droit à un surplus actuariel pendant que le régime est en vigueur. Comme l'a affirmé la Cour d'appel, la convention de fiducie et le régime forment un [TRADUCTION] « tout » (*Buschau n^o^ 2*, par. 13). Il s'agit en outre d'un régime à prestations déterminées, c'est-à-dire d'un régime entièrement capitalisé par l'employeur, où les participants ont un intérêt en equity dans l'actif de la fiducie, un droit personnel d'exiger du fiduciaire qu'il gère correctement l'actif de la fiducie et un intérêt éventuel dans l'actif de la fiducie qui subsiste à la cessation du régime s'ils sont vivants et participants à la date de la cessation. L'employeur assume le risque lié à un tel régime; lorsque les taux d'intérêt et le rendement des investissements sont élevés, un surplus est réalisé, et lorsque l'économie fluctue, il en résulte souvent un passif non capitalisé. L'objectif est d'exiger de l'employeur des cotisations suffisantes pour assurer le versement des prestations déterminées durant de longues périodes en dépit des fluctuations du marché. Permettre la cessation du

clearly contemplated a continuing plan supported by a permanent Fund; segregation of the Fund by "closing" the Premier Plan was not possible. It is therefore an error to infer that the rule in *Saunders v. Vautier* can in effect create a manner of realizing on the actuarial surplus (the Fund) in violation of the terms of the Plan; in the case of this pension Plan, absolute entitlement to the surplus would only occur once the surplus became real, that is, once the Plan and Trust had been terminated. This is because the members only have a contingent interest in the Trust surplus, which does not vest until the Plan is terminated. This is reinforced by the statement in *Schmidt*, at p. 655: "When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries" (emphasis added) (see also p. 654). As a result, the rule in *Saunders v. Vautier* cannot be invoked here, since the rule requires that the beneficiaries seeking early termination possess the sum total of vested, not contingent, interests in the trust corpus: see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 1178. The question then is whether termination of this Plan can occur outside the boundaries of the *PBSA*. The Court of Appeal reasoned that *Schmidt* had implicitly accepted that the rule in *Saunders v. Vautier* could apply independently of the *PBSA* and of any contract. The real question is whether trust law can in effect prevail over the contract and governing legislation in the present case (*Buschau No. 2*).

91 It is important to take note of the terms of the Plan and Trust documents. As I have previously stated, these are not distinct. The terms of the Plan are very specific and somewhat atypical of plans adopted in later years. In particular, art. V(1) of the Trust Agreement reserves to the employer

régime lorsqu'un surplus a été réalisé, sans égard aux modalités du régime, n'est pas compatible avec son objet ou avec le régime législatif applicable. Le contrat prévoyait clairement l'existence continue d'un régime doté d'une caisse permanente; il n'était pas possible de gérer séparément la caisse en « fermant » le régime de Premier. Il est donc erroné d'inférer que la règle de *Saunders c. Vautier* peut avoir pour effet de créer une façon de réaliser le surplus actuariel (la caisse) contrairement aux modalités du régime. Dans le cas du présent régime de retraite, il ne pouvait y avoir de droit absolu au surplus qu'une fois le surplus devenu réel, c'est-à-dire une fois qu'il aurait été mis fin au régime et à la fiducie. Cela s'explique par le fait que les participants ont seulement un intérêt éventuel dans le surplus de la fiducie, qui n'est dévolu qu'à la cessation du régime. Cela est renforcé par l'énoncé figurant à la p. 655 de l'arrêt *Schmidt*, selon lequel « [à] la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires » (je souligne) (voir aussi p. 654). Par conséquent, la règle de *Saunders c. Vautier* ne peut pas être invoquée en l'espèce étant donné qu'elle exige que les bénéficiaires qui sollicitent la cessation anticipée possèdent tous les intérêts dévolus et non éventuels dans le capital de la fiducie : voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 1178. Il s'agit donc de savoir si la cessation du présent régime peut se produire en dehors du cadre établi par la *LNPP*. La Cour d'appel a estimé que l'arrêt *Schmidt* avait reconnu implicitement que la règle de *Saunders c. Vautier* pouvait s'appliquer indépendamment de la *LNPP* et de tout contrat. La véritable question est de savoir si, en l'espèce, le droit des fiducies peut effectivement l'emporter sur le contrat et la loi applicable (*Buschau nº 2*).

Il importe de tenir compte des modalités établies dans les documents relatifs au régime et à la fiducie. Comme je l'ai déjà dit, elles ne sont pas distinctes. Les modalités du régime sont très particulières et quelque peu différentes de celles des régimes adoptés au cours d'années subséquentes. En particulier, l'art. V(1) de la convention de fiducie réserve à l'employeur

the right at any time and from time to time to amend, in whole or in part, any or all of the provisions of the Plan (including [the Trust] Agreement) provided that no such amendment which affects the rights, duties, compensation, or responsibilities of the Trustee shall be made without its consent and provided further that without the approval of the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the [Trust] to be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons and their estates as from time to time may be designated in or pursuant to the Plan . . . .

[TRADUCTION] le droit de modifier, à tout moment, en totalité ou en partie, les dispositions du régime (dont la [. . .] convention [de fiducie]) pourvu qu'aucune modification touchant les droits, les obligations, la rémunération ou les responsabilités du fiduciaire ne soit effectuée sans son consentement et pourvu également que, sauf avec l'approbation du ministre du Revenu national, aucune modification n'autorise ou ne permette qu'une partie de la [fiducie] soit utilisée ou affectée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes et de leur succession, qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime ou conformément à celui-ci. . .

General Rule Five permitted, but did not oblige, the employer to allocate additional pensions or pension entitlements to plan members, retired or otherwise, if the Plan had an actuarial surplus. General Rule Six permitted members to designate a beneficiary, and to alter or revoke that designation within the bounds of the law. General Rule Seven gave the employer the right to amend, modify or change the Plan, provided that the changes did not affect certain of the members' rights or benefits. It also gave the employer the right to terminate the Plan if necessary. It went on to say:

La Cinquième règle générale permettait à l'employeur, sans l'y obliger, d'accorder d'autres prestations de retraite ou droits à des prestations de retraite aux participants au régime, retraités ou non, si le régime affichait un surplus actuariel. La Sixième règle générale permettait aux participants de désigner un bénéficiaire et de modifier ou de révoquer légalement cette désignation. La Septième règle générale conférait à l'employeur le droit d'amender, de modifier ou de changer le régime, pourvu que les changements ne portent pas atteinte à certains droits ou avantages des participants. Elle accordait également à l'employeur le droit de mettre fin au régime, si nécessaire. Elle précisait en outre ceci :

In the event of the termination of the Plan, the benefits being paid to Retired Members will be continued as provided for under the terms and provisions of the Plan. The balance of the assets remaining in the Trust Fund, after all liabilities to Retired Members have been satisfied, will be distributed by the Committee among the remaining Members on the basis required under the provisions of Section 12 of the Pension Benefits Standards Act.

[TRADUCTION] En cas de cessation du régime, les prestations versées aux participants retraités seront maintenues conformément aux modalités et aux dispositions du régime. Après que toutes les dettes envers les participants retraités auront été acquittées, le comité répartira entre les autres participants l'actif restant de la caisse en fiducie, conformément aux dispositions de l'article 12 de la Loi sur les normes de prestation de pension.

92 The Plan clearly states then that it is the employer who may amend and terminate the Plan and that it is the employer's expectation that the Plan and Trust will continue indefinitely. In such circumstances, there could be no reasonable expectation on the part of RCI or the members that the Trust could be terminated by the members, over RCI's objections, in order that the members might obtain the surplus. The application of the rule in *Saunders v. Vautier* would contradict the reasonable contractual expectations of the parties because beneficiaries who can collapse a trust under *Saunders v. Vautier* can, with the consent of the trustees,

92 Le régime prévoit donc clairement que c'est l'employeur qui peut modifier le régime et y mettre fin, et que l'employeur s'attend à ce que le régime et la fiducie subsistent indéfiniment. Dans ces circonstances, ni RCI ni les participants au régime ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce qu'en dépit des objections de RCI les participants puissent mettre fin à la fiducie afin de pouvoir toucher le surplus. L'application de la règle de *Saunders c. Vautier* irait à l'encontre des attentes contractuelles raisonnables des parties du fait que les bénéficiaires qui peuvent mettre fin à une fiducie en application de cette règle peuvent, avec le consentement

collectively agree to vary its terms. The rule would permit members of a pension plan to unilaterally vary its terms without the employer's consent.

93 It is also very important to consider the legislative context in which modern pension plans operate. It would appear that, in her 2003 decision, Loo J. disregarded the provisions of the *PBSA* regarding termination, but applied the *Trust and Settlement Variation Act* where it was necessary to circumvent the difficulty in obtaining all consents necessary under the rule in *Saunders v. Vautier.* In *Buschau No. 3*, the Court of Appeal noted that the rule in *Saunders v. Vautier* could result in the termination of the Plan if all of the preconditions of the rule were met, without regard for the legislative scheme and in particular s. 29(9) which provides that on termination of a plan, the administrator must file a report with the Superintendent

> setting out the nature of the pension benefits and other benefits to be provided under the plan and a description of the methods of allocating and distributing those benefits and deciding the priorities in respect of the payment of full or partial benefits to the members.

94 This means that the rule in *Saunders v. Vautier* would permit the termination of the pension plan and Trust without the involvement of the employer as plan administrator and without the approval of the Superintendent. The only logical explanation for this conclusion is that the Court of Appeal had accepted that the Trust was independent of the Plan and could be dealt with solely by reference to the Trust itself, notwithstanding, in particular, that the *PBSA* (and the terms of the Plan, at art. IX(3)) provided special protections for spouses and common law partners. The terms of the Plan could be totally disregarded. At para. 54 of its reasons in *Buschau No. 2*, the Court of Appeal seems to accept that the Trust and the Plan constitute an "integrated whole", but nevertheless concludes that this whole is subject to trust law principles and to the resulting "disappearance" of the employer's rights and powers on the sole initiative of the plan members. This is very different from the decision to apply the

des fiduciaires, convenir collectivement d'en modifier les modalités. La règle permettrait aux participants à un régime de retraite d'en modifier unilatéralement les modalités sans le consentement de l'employeur.

Il est également très important de tenir compte du contexte législatif des régimes de retraite modernes. Il semblerait que, dans la décision qu'elle a rendue en 2003, la juge Loo n'a pas tenu compte des dispositions de la *LNPP* relatives à la cessation, mais a appliqué la *Trust and Settlement Variation Act* alors qu'il fallait contourner la difficulté d'obtenir tous les consentements requis selon la règle de *Saunders c. Vautier.* Dans l'arrêt *Buschau n^{o} 3*, la Cour d'appel a souligné que l'application de cette règle pouvait entraîner la cessation du régime si toutes ses conditions préalables étaient remplies, indépendamment du régime législatif et, en particulier, du par. 29(9) qui prévoit que, lors de la cessation d'un régime, l'administrateur doit déposer auprès du surintendant un rapport

> exposant la nature des prestations de pension ou autres à servir au titre du régime, les méthodes d'affectation et de répartition de celles-ci et établissant les priorités de paiement des prestations intégrales ou partielles aux participants.

Cela signifie que la règle de *Saunders c. Vautier* permettrait de mettre fin au régime et à la fiducie de retraite sans la participation de l'employeur en tant qu'administrateur du régime et sans l'approbation du surintendant. La seule explication logique de cette conclusion est que la Cour d'appel avait reconnu que la fiducie était indépendante du régime et pouvait être examinée uniquement en fonction de ses propres modalités, en dépit du fait notamment que la *LNPP* (et les modalités du régime énoncées à l'art. IX(3)) accordait des protections spéciales aux époux et aux conjoints de fait. Il n'était pas possible de faire totalement abstraction des modalités du régime. Au paragraphe 54 de l'arrêt *Buschau n^{o} 2*, la Cour d'appel semble reconnaître que la fiducie et le régime forment un [TRADUCTION] « tout », mais elle conclut néanmoins que ce tout est assujetti aux principes du droit des fiducies et à la [TRADUCTION] « disparition » des droits et pouvoirs de l'employeur qui résulterait de la seule initiative des participants

rule only where there is no conflict with the legislative scheme as in *Schmidt*. In my view, the unique role of the employer in respect of the pension plan and pension Trust cannot be ignored; and the terms of the contract at the root of the Trust cannot be circumvented; as well, the legislative framework cannot be made irrelevant by applying the rule in *Saunders v. Vautier*.

In the context of the appeal brought by National Trust, particular regard must be given to s. 8(3) of the *PBSA*, which states:

8. . . .

(3) The administrator shall administer the pension plan and pension fund as a trustee for the employer, the members of the pension plan, former members, and any other persons entitled to pension benefits or refunds under the plan.

It is clear that a court has no authority to assign to National Trust the responsibilities of the administrator and of the Superintendent contrary to the legislative scheme which has determined a process to terminate a pension plan. But here I believe the Court of Appeal was defining a role for National Trust in light of the distinction it had made between the termination of the Plan and the termination of the Trust, only the former being subject to the terms of the Plan and provisions of the *PBSA*.

The underlying social policy objective of the legislation is to promote the establishment and maintenance of private pension plans in order to provide income security for employees and their families in retirement. As this Court recognized in *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at para. 38, modern pension statutes are public policy legislation that recognize the "vital importance of long-term income security". The "locking-in" provisions, portability provisions, as well as the termination and winding-up provisions are all part of the objective of ensuring retirement income security. This is not consistent with

au régime. Cela est très différent de la décision d'appliquer la règle uniquement en l'absence de conflit avec le régime législatif, comme ce fut le cas dans l'affaire *Schmidt*. À mon avis, on ne peut faire abstraction du rôle unique que l'employeur joue à l'égard du régime et de la fiducie de retraite, et on ne peut se soustraire aux clauses du contrat à l'origine de la fiducie. On ne peut pas non plus faire perdre toute pertinence au cadre législatif en appliquant la règle de *Saunders c. Vautier*.

95 Dans le cadre de l'appel interjeté par Trust National, il faut prêter une attention particulière au par. 8(3) *LNPP*, dont voici le texte :

8. . . .

(3) L'administrateur d'un régime de pension gère le régime et le fonds de pension en qualité de fiduciaire de l'employeur, des participants actuels ou anciens et de toutes autres personnes qui ont droit à des prestations de pension ou à des remboursements au titre du régime.

Il est clair qu'un tribunal n'a pas le pouvoir d'assigner à Trust National les responsabilités de l'administrateur et du surintendant contrairement au régime législatif qui a établi un processus de cessation de régime de retraite. Mais en l'espèce, je crois que la Cour d'appel s'est trouvée à définir un rôle pour Trust National à la lumière de la distinction qu'elle avait établie entre la cessation du régime et celle de la fiducie, selon laquelle seule la cessation du régime était assujettie aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*.

96 L'objectif de politique sociale qui sous-tend la mesure législative est de favoriser l'établissement et le maintien de régimes de retraite privés afin d'assurer une sécurité du revenu aux employés retraités et à leurs familles. Comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 38, les lois modernes en matière de retraite sont des lois d'intérêt public qui reconnaissent « l'importance cruciale de la sécurité du revenu à long terme ». Les dispositions en matière de « blocage » et de transférabilité de même que celles relatives à la cessation et à la liquidation ont toutes pour objectif d'assurer la

the operation of the rule in *Saunders v. Vautier*, as applied by the Court of Appeal in this case, which is based on an entirely different policy objective.

97 The introduction of the *Saunders v. Vautier* principle without qualification or restriction into the private pension system would constitute a very significant derogation from an employer's right to voluntarily choose to offer or continue a pension plan. An employer motivated by labour market factors to create and maintain a pension plan for its employees for the business benefits it may derive may not be so motivated when a plan instituted for such reasons can be terminated by the unilateral action of members and other beneficiaries, without consideration of the employer's business interests. In these circumstances, the "fair and delicate balance between employer and employee interests" (*Monsanto Canada*, at para. 24) will be disrupted in a manner which is contrary to the legislative objective of encouraging the establishment and maintenance of private pension plans.

98 The rule in *Saunders v. Vautier* requires the consent of all parties who have an interest, or who own rights of enjoyment, in the trust property. The Court of Appeal held that the rule could be applied with the consent of all members (by which they surely meant to include former members) of the Premier Plan and those persons who are now designated beneficiaries (*Buschau No. 2*). But s. 22 of the *PBSA* requires that, absent a written waiver in prescribed form, any pension benefit paid after January 1, 1987 to a member or former member who has a spouse or common law partner on the date that the first payment is made shall be a joint and survivor pension benefit, entitling the surviving spouse to a benefit of at least 60 percent of the joint benefit. This requirement is reflected in the terms of the Premier Plan (art. IX(3)). The inclusion of survivor benefits was a policy choice of the Legislature that must be honoured. These statutory rights cannot be overridden by the consent of present plan members and other beneficiaries or by the courts. Nor can s. 1(b) of the *Trust and Settlement Variation*

sécurité du revenu de retraite. Cela n'est pas compatible avec la façon dont la Cour d'appel applique la règle de *Saunders c. Vautier* en l'espèce, laquelle repose sur un objectif de politique générale complètement différent.

L'introduction, sans aucune réserve ni restriction, de la règle de *Saunders c. Vautier* dans le système des régimes de retraite privés constituerait une atteinte très importante au droit de l'employeur de choisir de son propre gré d'offrir ou de maintenir un régime de retraite. L'employeur qui, pour des raisons liées au marché du travail, songe à établir et à maintenir un régime de retraite pour ses employés à cause des avantages commerciaux qu'il comporte sera peut-être moins porté à le faire si les participants et autres bénéficiaires d'un régime établi pour ces raisons peuvent y mettre fin unilatéralement sans tenir compte de ses propres intérêts commerciaux. Dans ces circonstances, le « juste et délicat équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé » (*Monsanto Canada*, par. 24) sera rompu d'une manière contraire à l'objectif législatif consistant à encourager l'établissement et le maintien de régimes de retraite privés.

La règle de *Saunders c. Vautier* exige le consentement de toutes les parties qui ont un intérêt dans les biens en fiducie ou qui possèdent des droits de jouissance sur ceux-ci. La Cour d'appel a conclu que la règle pouvait s'appliquer avec le consentement de tous les participants (qui, selon elle, étaient sûrement censés inclure les participants anciens) au régime de Premier et des personnes qui sont maintenant des bénéficiaires désignés (*Buschau n^o^ 2*). Cependant, l'art. 22 *LNPP* prévoit qu'en l'absence de renonciation écrite, en la forme réglementaire, toute prestation de pension versée après le 1^er^ janvier 1987 à un participant actuel ou ancien qui a, à la date du premier versement, un époux ou un conjoint de fait doit être une prestation réversible, ce qui permet à l'époux ou au conjoint survivant de recevoir une prestation équivalant à au moins 60 pour 100 de la prestation réversible. Cette exigence se reflète dans les modalités du régime de Premier (art. IX(3)). L'ajout de prestations de survivant constituait un choix de politique générale du législateur qu'il faut respecter. Ces droits conférés

Act assist. The current spouses and common law partners who have a present contingent interest are *sui juris*. As such, they could give their consent to termination of the Plan, and the court does not have the power to consent on their behalf unless they are legally incapacitated.

As for the interests of future possible spouses and common law partners, whose consent would also be required for termination pursuant to *Saunders v. Vautier*, those interests are more problematic in that their direct consent cannot be obtained, and asking a court to consent on their behalf would raise serious questions. RCI notes at para. 37 of its supplementary factum that, "the court may only consent on behalf of a beneficiary if the proposed trust variation is in the interests of that party. It is difficult to conceive of a circumstance in which termination of a pension trust would be in the interests of future spouses or common law partners." Consenting to the termination of the Plan on behalf of future unascertainable spouses and common law partners would presumably not be in their best interests. If plan members who are not currently married or in a common law relationship were allowed to terminate the Plan and obtain the surplus, but were then to enter into a marriage or common law relationship in the future, their future spouses or common law partners would not enjoy their statutory right to the joint and survivor benefit to which they would have been entitled had the Plan been ongoing and not terminated. Thus, even if this was sufficient, valid consents to termination of the Plan in order to satisfy the pre-conditions of the *Saunders v. Vautier* rule have not been and cannot be obtained from all possible beneficiaries here; more importantly, while the current spouses and common law partners of plan members are able to consent to termination, future spouses and common law partners who are currently unascertainable cannot give such consent, and a court would likely be reluctant to give its consent on their behalf.

par la loi ne peuvent être écartés ni par le consentement des participants au régime et autres bénéficiaires actuels, ni par les tribunaux. L'alinéa 1b) de la *Trust and Settlement Variation Act* n'est pas plus utile. Les époux et conjoints de fait actuels qui ont présentement un intérêt éventuel sont juridiquement autonomes. Par conséquent, ils pourraient donner leur consentement à la cessation du régime et la cour n'a pas le pouvoir de consentir en leur nom, sauf s'ils sont frappés d'incapacité juridique.

99 Le cas des intérêts des futurs époux et conjoints de fait, dont le consentement à la cessation serait également nécessaire selon la règle de *Saunders c. Vautier*, est plus problématique parce qu'il est impossible d'obtenir directement leur consentement et que demander à la Cour de consentir en leur nom soulèverait de graves questions. RCI fait remarquer, au par. 37 de son mémoire supplémentaire, que [TRADUCTION] « la cour ne peut consentir au nom d'un bénéficiaire que si la modification que l'on propose d'apporter à la fiducie est dans l'intérêt de cette partie. Il est difficile d'imaginer une situation où la cessation d'une fiducie de retraite serait dans l'intérêt des futurs époux ou conjoints de fait. » Consentir à la cessation du régime au nom de futurs époux et conjoints de fait non identifiables ne serait probablement pas dans leur intérêt. Si on permettait aux participants au régime qui ne sont pas actuellement mariés ou en union de fait de mettre fin au régime et de toucher le surplus, mais que ceux-ci venaient ensuite à se marier ou à vivre en union de fait, leurs futurs époux ou conjoints de fait ne jouiraient pas du droit conféré pas la loi à la prestation réversible qu'ils posséderaient si le régime avait continué d'exister. Ainsi, même si cela était suffisant, le consentement valide à la cessation du régime que tous les bénéficiaires éventuels doivent donner pour que les conditions préalables de la règle de *Saunders c. Vautier* soient remplies n'a pas été et ne peut pas être obtenu en l'espèce; qui plus est, s'il est vrai que les époux et les conjoints de fait actuels des participants au régime sont en mesure de consentir à la cessation, les futurs époux et conjoints de fait actuellement non identifiables ne peuvent le faire, et un tribunal hésiterait probablement à consentir en leur nom.

100 For these reasons, I would conclude that the rule in *Saunders v. Vautier* does not apply in the circumstances of this case and that any application regarding the termination of the Plan and Trust must be dealt with in accordance with the terms of the Plan and the provisions of the *PBSA*. The respondents' suggestion that the absence of a procedure in the *PBSA* permitting a unilateral termination of the Plan by the members justifies the action under the rule of *Saunders v. Vautier* cannot be accepted. The rule simply does not apply. Members' rights are determined by the Plan itself and the *PBSA*; as indicated above, neither the terms of the Plan itself nor the provisions of the *PBSA* grant the members a right to terminate the Plan. The unilateral right of members to terminate the Plan simply does not exist in this case.

3.2 *The Issue of Good Faith*

101 The Court of Appeal decided, at para. 61 of its reasons in *Buschau No. 2*, that the obligation of good faith of the employer precluded RCI from adopting any amendments to the Plan and Trust opening it to new members following its closure in 1984; it related this to what it termed the "stratagem" adopted by RCI years earlier to benefit from the actuarial surplus by merging different pension plans. The Court of Appeal then continued with a discussion of the employer's "interest" in the Plan and Trust.

102 It is quite obvious that the whole discussion concerning good faith had to do with fair conduct as administrator of the Plan. RCI insists that there is nothing uncommon about closed pension plans or the decision to rationalize funding and the provision of benefits after mergers. In its view, the proposed creation of an integrated pension scheme was a rational business decision that should not raise any issue regarding good faith when done within the parameters of the Plan's terms. RCI says there is no stratagem, only the exercise of a power to amend in the context — and this is fundamental — of a defined benefit plan. RCI says that "the analysis of good faith in respect of the

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure que la règle de *Saunders c. Vautier* ne s'applique pas en l'espèce et que toute demande relative à la cessation du régime et de la fiducie doit être examinée conformément aux modalités du régime et aux dispositions de la *LNPP*. L'idée des intimés, selon laquelle l'action fondée sur la règle de *Saunders c. Vautier* est justifiée par l'absence dans la *LNPP* d'une procédure qui permettrait aux participants de mettre fin unilatéralement au régime, ne peut pas être retenue. Cette règle ne s'applique tout simplement pas. Les droits des participants sont déterminés par le régime lui-même et la *LNPP*; comme nous l'avons vu, ni les modalités du régime lui-même ni les dispositions de la *LNPP* n'accordent aux participants le droit de mettre fin au régime. En l'espèce, les participants n'ont tout simplement pas le droit de mettre fin unilatéralement au régime.

3.2 *La question de la bonne foi*

La Cour d'appel a statué, au par. 61 de l'arrêt *Buschau n^o^ 2*, que l'obligation de bonne foi de l'employeur empêchait RCI de modifier le régime et la fiducie pour permettre l'adhésion de nouveaux participants, qui avait été interdite en 1984; elle a rattaché cela à ce qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « stratagème » que RCI avait employé quelques années auparavant pour bénéficier du surplus actuariel et qui avait consisté à fusionner différents régimes de retraite. La Cour d'appel s'est ensuite livrée à une analyse de l'« intérêt » de l'employeur dans le régime et la fiducie.

Il est tout à fait évident que toute l'analyse de la bonne foi avait trait au comportement équitable en tant qu'administrateur du régime. RCI maintient que les régimes de retraite fermés ou la décision de rationaliser la capitalisation et le versement de prestations à la suite de fusions n'ont rien d'inhabituel. À son avis, le projet de création d'un régime de retraite intégré constituait une décision d'affaires rationnelle qui ne devrait soulever aucune question de bonne foi si elle respecte les paramètres fixés par les modalités du régime. RCI plaide l'absence de stratagème et ajoute qu'il n'est question que de l'exercice d'un pouvoir de modification dans le contexte — ce qui est fondamental — d'un régime à

exercise of a discretionary power in a contractual context begins with careful consideration of the parties' reasonable contractual expectations" (factum, at para. 75). It is a prohibition against acting in a manner "calculated or likely to destroy or seriously damage the relationship of confidence and trust between employer and employee" unless the employer has "reasonable and proper cause" (para. 80, quoting *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), at p. 606). The respondents reject the contractual perspective and say that nothing done by the employer should affect or dilute their entitlements under the Plan; equitable principles should apply. I do not consider it necessary to arbitrate this debate. Section 8(10) of the *PBSA* provides sufficient guidance. The special context of pension plans requires employers who administer pension plans on behalf of their employees to always act in accordance with the spirit, purpose and terms of the pension plan; employers must always act in such a way as to ensure the protection of employees' pension benefits, not in a way that would reduce, threaten or eliminate them (see *Imperial Group*).

prestations déterminées. Selon RCI, [TRADUCTION] « l'analyse de la bonne foi concernant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans un contexte contractuel commence par un examen minutieux des attentes contractuelles raisonnables des parties » (mémoire, par. 75). L'obligation de bonne foi interdit d'agir d'une manière [TRADUCTION] « calculée ou susceptible de détruire ou de compromettre gravement le rapport de confiance entre l'employeur et l'employé », à moins que l'employeur n'ait un « motif raisonnable et valable » de le faire (par. 80, citant la décision *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), p. 606). Les intimés rejettent le point de vue contractuel et affirment qu'aucun acte de l'employeur ne devrait compromettre ou affaiblir les droits que leur confère le régime; les principes d'equity devraient s'appliquer. Je ne crois pas nécessaire d'arbitrer ce débat. Le paragraphe 8(10) *LNPP* donne des indications suffisantes. En raison du contexte particulier des régimes de retraite, l'employeur qui gère un tel régime pour le compte de ses employés doit toujours en respecter l'esprit, l'objet et les modalités; l'employeur doit toujours se comporter de manière à préserver les prestations de retraite des employés et non de manière à les réduire, à les compromettre ou à les éliminer (voir la décision *Imperial Group*).

It seems clear to me that the conclusion of the Court of Appeal on the issue of good faith is premised on its earlier decision that the amendment would deprive the beneficiaries of the Premier Trust of their right to terminate it under the rule in *Saunders v. Vautier*. I have found that the respondents cannot terminate the Trust pursuant to *Saunders v. Vautier*. But of course the parties could not ignore the Court of Appeal's decision in *Buschau No. 1*. As a result of that decision, a separate accounting was required for the Premier Trust. RCI then considered the possibility of making the Plan eligible to new membership so that similarly situated employees who were members of non-contributory defined benefit plans could be integrated into the Premier Plan. This is what the Court of Appeal rejected. Its reasoning is however driven by the idea that the Plan members were promised more than their pensions under the Plan, i.e., the

103 Il me semble clair que la conclusion de la Cour d'appel sur la question de la bonne foi était fondée sur sa décision antérieure selon laquelle la modification priverait les bénéficiaires de la fiducie de Premier de leur droit d'y mettre fin en application de la règle de *Saunders c. Vautier*. Je suis arrivé à la conclusion que les intimés ne peuvent se fonder sur cette règle pour mettre fin à la fiducie. Toutefois, il est évident que les parties ne pouvaient pas faire abstraction de l'arrêt *Buschau n^o 1* de la Cour d'appel. À la suite de cette décision, une comptabilité distincte était requise pour la fiducie de Premier. RCI a alors envisagé la possibilité de rendre le régime accessible à de nouveaux participants de manière à pouvoir intégrer dans le régime de Premier les employés qui se trouvaient dans la même situation mais qui participaient à des régimes non contributifs à prestations déterminées. C'est ce que la Cour d'appel a rejeté. Son raisonnement repose toutefois

right to ask for distribution of the Trust surplus, providing they satisfied the conditions set out in *Saunders v. Vautier*. The decision regarding bad faith cannot stand where it is without a foundation. I am of the view that RCI's powers of amendment were not forfeited or estopped because of the closure of the Plan. Any termination of the Plan and amendments to it must be examined on the basis of its terms and conditions, in consideration of the applicable provisions of the *PBSA*. What would constitute an abuse of the employer's power or would otherwise offend community standards of reasonableness in the contemplated use of the Premier Plan assets for the benefit of present and future employees of RCI must be determined on that basis alone. In essence then, what is permitted and what is abusive will have to be determined in future proceedings according to the standard set in s. 8(10)(*b*) of the *PBSA* which states that "[w]here the employer is the administrator pursuant to paragraph 7(1)(*c*), if there is a material conflict of interest between the employer's role as administrator and the employer's role in any other capacity, the employer . . . (*b*) shall act in the best interests of the members of the pension plan."

4. Disposition

104 The appeal is allowed and the order of the Court of Appeal is set aside with costs in all courts to RCI and in this Court to National Trust.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant/respondent Rogers Communications Inc.: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent National Trust Co.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondents Sandra Buschau et al.: Laxton & Company, Vancouver.

sur l'idée qu'on avait promis aux participants au régime, en plus de leurs prestations de retraite, le droit de demander la répartition du surplus de la fiducie s'ils satisfaisaient aux conditions de la règle de *Saunders c. Vautier*. La décision concernant la mauvaise foi ne peut être maintenue si elle est dénuée de fondement. Selon moi, RCI n'a pas été déchue de ses pouvoirs de modification ni empêchée de les exercer en raison de la fermeture du régime. La cessation et la modification du régime doivent être examinées en fonction de ses modalités et des dispositions applicables de la *LNPP*. Ce sont là les seuls critères qui doivent servir à déterminer ce qui, dans l'emploi que l'on entend faire de l'actif du régime de Premier au profit des employés actuels et futurs de RCI, constituerait un abus du pouvoir de l'employeur ou contreviendrait par ailleurs aux normes sociales de raisonnabilité. Essentiellement, la question de savoir ce qui est permis et ce qui est abusif devra donc être tranchée, dans toute instance future, en fonction de la norme énoncée à l'al. 8(10)*b*) *LNPP*, qui précise que « [l]'employeur qui est l'administrateur, conformément à l'alinéa 7(1)*c*), doit, s'il y a un conflit d'intérêts sérieux entre les fonctions qu'il exerce à ce double titre [. . .] *b*) agir de façon à servir les intérêts des participants. »

4. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, avec dépens devant toutes les cours pour RCI et devant notre Cour pour Trust National.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante/intimée Rogers Communications Inc. : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureurs de l'appelante/intimée la Compagnie Trust National : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intimés Sandra Buschau et autres : Laxton & Company, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Public Service Alliance of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Canadian Union of Public Employees, Alberta Urban Municipalities Association, Union of British Columbia Municipalities and Commissionaires Canada *Interveners*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alliance de la Fonction publique du Canada *Intimée*

et

Procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Syndicat canadien de la fonction publique, Alberta Urban Municipalities Association, Union of British Columbia Municipalities et Commissionnaires Canada *Intervenants*

INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA *v.* CANADA

Neutral citation: 2006 SCC 29.

File No.: 30805.

2006: June 23.

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

RÉPERTORIÉ : ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA *c.* CANADA

Référence neutre : 2006 CSC 29.

N° du greffe : 30805.

2006 : 23 juin.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Police — Royal Canadian Mounted Police — Civilian staff — Police services agreements with municipalities — Civilian staff appointed or employed by municipalities under agreements not required to be federal public servants — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, ss. 10, 20.

Statutes and Regulations Cited

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, ss. 10, 20.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Sharlow and Malone JJ.A.),

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Police — Gendarmerie royale du Canada — Personnel civil — Ententes sur les services de police conclues avec des municipalités — Membres du personnel civil nommé ou employé par une municipalité en application d'une entente non tenus d'être des fonctionnaires fédéraux — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 10, 20.

Lois et règlements cités

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 10, 20.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Sharlow et Malone),

[2005] 3 F.C.R. 443, 249 D.L.R. (4th) 292, 329 N.R. 261, [2005] F.C.J. No. 11 (QL), 2005 FCA 5, setting aside a decision of Lemieux J. (2004), 244 F.T.R. 190, [2004] F.C.J. No. 13 (QL), 2004 FC 13. Appeal allowed.

Alain Préfontaine, for the appellant.

David Yazbeck, for the respondent.

Written submissions only by *Edward A. Gores*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

John G. Furey, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Nancy E. Brown, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Kurt J. W. Sandstrom, for the intervener the Attorney General of Alberta.

John Elder and *Susan D. Coen*, for the intervener the Canadian Union of Public Employees.

Colin R. Fetter and *Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Alberta Urban Municipalities Association.

Peter A. Gall, Q.C., and *Nitya Iyer*, for the intervener the Union of British Columbia Municipalities.

David K. Law and *Sophie Gagnier*, for the intervener Commissionaires Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — It is not necessary to hear from counsel for the appellant or the interveners.

2 We are all of a view that s. 10 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985,

[2005] 3 R.C.F. 443, 249 D.L.R. (4th) 292, 329 N.R. 261, [2005] A.C.F. nº 11 (QL), 2005 CAF 5, qui a infirmé un jugement du juge Lemieux (2004), 244 F.T.R. 190, [2004] A.C.F. nº 13 (QL), 2004 CF 13. Pourvoi accueilli.

Alain Préfontaine, pour l'appelante.

David Yazbeck, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Nancy E. Brown, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Kurt J. W. Sandstrom, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John Elder et *Susan D. Coen*, pour l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique.

Colin R. Fetter et *Jeffrey W. Beedell*, pour l'intervenante Alberta Urban Municipalities Association.

Peter A. Gall, c.r., et *Nitya Iyer*, pour l'intervenante Union of British Columbia Municipalities.

David K. Law et *Sophie Gagnier*, pour l'intervenante Commissionnaires Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Il est inutile d'entendre les avocats de l'appelante et des intervenants.

Nous sommes tous d'avis que l'art. 10 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C.

c. R-10, applies to the civilian staff appointed and employed by the RCMP Commissioner and that it does not apply to the civilian staff appointed or employed by a municipality under an agreement entered into by the Solicitor General pursuant to s. 20 of the Act.

The appeal is therefore allowed with costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Department of Justice, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Union of Public Employees: Canadian Union of Public Employees, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alberta Urban Municipalities Association: Brownlee, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Union of British Columbia Municipalities: Heenan Blaikie, Vancouver.

1985, ch. R-10, s'applique au personnel civil nommé et employé par le commissaire de la GRC et qu'il ne s'applique pas au personnel civil nommé et employé par une municipalité en application d'une entente conclue par le solliciteur général en vertu de l'art. 20 de la Loi.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli avec dépens devant toutes les cours. 3

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Ministère de la Justice, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique : Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Alberta Urban Municipalities Association : Brownlee, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Municipalities : Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener Commissionaires Canada: Emond Harnden, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Commissionnaires Canada : Emond Harnden, Ottawa.

INDEX

ACCESS TO INFORMATION

Exemptions — Personal information — Third party information — Review by Federal Court — Application by third party under s. 44 of Access to Information Act for review of government institution's decision to disclose record — Whether third party can raise exemption for personal information on s. 44 review — Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 19, 20(1), 44.

H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 441.

ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals — Regulatory boards — Jurisdiction — Doctrine of jurisdiction by necessary implication — Natural gas public utility applying to Alberta Energy and Utilities Board to approve sale of buildings and land no longer required in supplying natural gas — Board approving sale subject to condition that portion of sale proceeds be allocated to ratepaying customers of utility — Whether Board had explicit or implicit jurisdiction to allocate proceeds of sale — If so, whether Board's decision to exercise discretion to protect public interest by allocating proceeds of utility asset sale to customers reasonable — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. v. ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD), 140.

2. Judicial review — Standard of review — Alberta Energy and Utilities Board — Standard of review applicable to Board's jurisdiction to allocate proceeds from sale of public utility assets to ratepayers — Standard of review applicable to Board's decision to exercise discretion to allocate proceeds of sale — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. v. ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD), 140.

3. Judicial review — Compliance of administrative decision with requirements of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Council of commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing student's freedom of religion — Appropriate approach for reviewing decision — Relationship between administrative law and constitutional law.

MULTANI v. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

4. Boards and tribunals — Jurisdiction — Human rights issues — Legislation prohibiting Social Benefits Tribunal from considering constitutional validity of laws and regulations — Whether tribunal has jurisdiction to consider human rights legislation in rendering its decisions — If so, whether tribunal should decline to exercise its jurisdiction in instant cases in favour of more appropriate forum — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 47(2) — Ontario Disability Support Program Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. B, s. 5(2) — Ontario Works Act, 1997, S.O. 1997, c. 25, Sch. A, s. 67(2).

TRANCHEMONTAGNE v. ONTARIO (DIRECTOR, DISABILITY SUPPORT PROGRAM), 513.

5. Judicial review — Standard of review — Trade-marks Opposition Board of Canadian Intellectual Property Office — Board rejecting opposition to registration of trade-mark — Standard applicable to Board's decision.

MATTEL, INC. v. 3894207 CANADA INC., 772.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Freedom of religion — Wearing of kirpan at school — Council of commissioners of school board prohibiting Sikh student from wearing kirpan to school — Whether decision infringing freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

MULTANI v. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

2. Charter of Rights — Reasonable limit — Law — Administrative decision — Infringement of guaranteed right resulting from decision of administrative body acting pursuant

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

to its enabling statute — Whether infringement limit prescribed by "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

MULTANI v. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

3. Charter of Rights — Arbitrary detention — Unreasonable search or seizure — Right to counsel — Exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).

R. v. CHAISSON, 415.

4. Charter of Rights — Double jeopardy — Benefit of lesser punishment — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether imposition of DNA sampling order amounts to "punishment" within meaning of ss. 11(h) and 11(i) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R. v. RODGERS, 554.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural fairness — Ex parte proceeding — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether ex parte nature of proceeding meets minimal constitutional imperatives of procedural fairness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R. v. RODGERS, 554.

6. Charter of Rights — Search and seizure — Criminal Code provision permitting provincial court judge, on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Legislative safeguards restricting use of DNA data bank as an identification tool only — Whether collection of DNA samples for data bank purposes from designated classes of convicted offenders reasonable — Whether data bank provisions strike an appropriate balance between public interest in effective identification of persons convicted of serious offences and rights of individuals to physical integrity and control of release of information about themselves — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R. v. RODGERS, 554.

CRIMINAL LAW

1. Mental disorder — Dispositions by Review Board — Terms of dispositions — Criminal Code providing that Review Board may make dispositions directing that accused found not criminally responsible be detained in custody in hospital subject to conditions — Scope of Board's power — Whether Board has jurisdiction to make conditions binding on parties other than accused such as hospital authorities — If so, whether Board can impose conditions relating to medical treatment of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 672.54.

MAZZEI v. BRITISH COLUMBIA (DIRECTOR OF ADULT FORENSIC PSYCHIATRIC SERVICES), 326.

2. Defences — Mental disorder automatism — Defence properly not put to jury.

R. v. HOTTE, 379.

3. Trial — Charge to jury — Criminal harassment — Mens rea — Trial judge's charge appropriate as regards impact of depression of accused on issue of his intent to harass victim at time of homicide.

R. v. HOTTE, 379.

4. Trial — Charge to jury — Expert testimony — Trial judge's summary of expert testimony — Summary partially wrong but not distorting expert's testimony.

R. v. HOTTE, 379.

5. Appeals — Unreasonable verdict — Multiple accused charged with same offence — Jury convicting one accused but acquitting two co-accused — Whether jury's verdict finding accused guilty unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. PITTIMAN, 381.

6. Proceeds of crime — Forfeiture — Fine instead of order of forfeiture of property that proceeds of crime — Whether ability of accused to pay factor that court may consider in deciding to impose fine instead of forfeiture or in determining amount of fine — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 462.37.

R. v. LAVIGNE, 392.

7. Appeals — Findings of fact — Court of Appeal setting aside accused's acquittal and entering conviction — Whether Court of Appeal impermissibly substituted its own findings of fact for those of trial judge.

R. v. CHAISSON, 415.

8. Defences — Officially induced error — Constituent elements of defence and conditions under which it available.

LÉVIS (CITY) v. TÉTREAULT; LÉVIS (CITY) v. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

9. Forensic DNA analysis — Offenders serving sentences — Criminal Code provision permitting provincial court judge,

CRIMINAL LAW — (Concluded)

on ex parte application, to authorize collection of DNA samples from three classes of previously convicted offenders — Whether judge lost jurisdiction when he proceeded ex parte in absence of any evidence demonstrating need to do so — Whether offender's certiorari application should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.055.

R. v. RODGERS, 554.

10. Appeals — Appeal by Crown against verdict of acquittal — Whether Crown met its burden for having jury verdict set aside and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. GRAVELINE, 609.

11. Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused's conviction for sexual assault due to insufficient reasons — Whether trial judge's reasons sufficiently amenable to appellate review.

R. v. GAGNON, 621.

12. Young persons — Sentencing — Considerations — Whether general deterrence factor to be considered in sentencing young persons under Youth Criminal Justice Act — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 38.

R. v. B.W.P.; R. v. B.V.N., 941.

13. Young persons — Sentencing — Considerations — Young person pleading guilty to manslaughter and sentenced under s. 42(2)(o) of Youth Criminal Justice Act — Whether s. 42(2)(o) requires sentencing judge to impose at least two-thirds of sentence in custody and one-third under supervision — Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 42(2)(o).

R. v. B.W.P.; R. v. B.V.N., 941.

DAMAGES

1. Jury award — Whether evidence at trial supported jury's award of damages.

YOUNG v. BELLA, 108.

2. Non-pecuniary damages — Jury awarding $430,000 in non-pecuniary damages in negligence case — Whether jury award should be set aside — Whether cap should be applied to non-pecuniary damage awards outside catastrophic personal injury context.

YOUNG v. BELLA, 108.

FAMILY LAW

Divorce — Spousal support — Relevance of spousal misconduct — Husband's affair having emotionally devastating effect on wife — Wife unable to attain self-sufficiency — Whether Court of Appeal erred in taking into account spousal misconduct in determining entitlement to support — Whether husband's capital assets acquired after marital break-up to be considered in determining his ability to pay spousal support — Whether objective of promoting self-sufficiency constituting duty — Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.

LESKUN v. LESKUN, 920.

HUMAN RIGHTS

Discriminatory practices — Equal wages — Definition of "establishment" — Federal human rights legislation making it discriminatory for employer to pay different wages for men and women performing work of equal value in same "establishment" — Whether flight attendants, pilots and mechanics of airline company in same establishment for purposes of wage comparisons — Whether employees subject to common personnel and wage policy — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD., 3.

INSURANCE

1. Comprehensive general liability policy — Scope of policy — Whether insurance contract claims-made policy — Definition of "claim" under policy.

JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA v. GUARDIAN INSURANCE CO. OF CANADA, 744.

2. Insurer's duty to defend — Comprehensive general liability policy — Indian residential school operated and administered by religious order — Order's general liability policy providing for errors and omissions insurance with respect to professional services — Policy stipulating coverage to apply only "to claims which are first made against the Insured during the policy period" — After claim presented by former student, insurer informed by insured of physical and sexual abuse at school and put on notice during policy period that similar claims might be made by other former students — Whether insurer must defend only claims "first made" before policy expired — Whether policy imposed upon insurer duty to defend against actions where information of possible claims received by insurer during policy period.

JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA v. GUARDIAN INSURANCE CO. OF CANADA, 744.

INTELLECTUAL PROPERTY

1. Trade-marks — Confusion — Restauranteur applying to register "Barbie's" trade-mark in connection with its small chain of restaurants — Manufacturer of BARBIE dolls opposing registration — Whether use of "Barbie's" name in relation to restaurants likely to create confusion in market place with BARBIE trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 6.

MATTEL, INC. v. 3894207 CANADA INC., 772.

2. Trade-marks — Confusion — Depreciation of goodwill — Owner of well-known VEUVE CLICQUOT trade-mark for wines and champagne seeking to stop small group of women's wear shops from using registered trade-mark CLIQUOT — Whether use of CLIQUOT name in relation to women's clothing store likely to create confusion in marketplace with VEUVE CLICQUOT trade-mark — Whether such use likely to depreciate value of goodwill attaching to VEUVE CLICQUOT trade-mark — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 6, 20, 22.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN v. BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE, 824.

LABOUR RELATIONS

1. Grievances — Jurisdiction of arbitrator — Notice of termination — Incorporation of general law rules into collective agreement — Unionized employees laid off after business closed — Notice of termination of employment complying with minimum statutory employment standards — Grievances claiming additional termination pay based on general law — Whether arbitrators have jurisdiction to determine whether notice given meets requirements of Civil Code of Québec — Whether notice of termination provided for in art. 2091 of Civil Code of Québec applies to collective labour relations scheme — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2091, 2092.

ISIDORE GARON LTÉE v. TREMBLAY; FILLION ET FRÈRES (1976) INC. v. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE GARAGE DU QUÉBEC INC., 27.

2. Collective agreements — Pension plan — Jurisdiction of grievance arbitrator — Collective agreements referring expressly to pension plan established by university — Motion for authorization to institute class action filed in Superior Court by unionized employee disagreeing with decisions made by university respecting administration and use of pension fund — Majority of members of class action group covered by one of collective agreements between university and unions — Whether this dispute relating to pension plan within jurisdiction of Superior Court or of grievance arbitrator.

BISAILLON v. CONCORDIA UNIVERSITY, 666.

LEGISLATION

Interpretation — Contextual interpretation — Owner of aircraft — Whether word "owner" in s. 55 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act includes legal titleholders of aircraft — Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, s. 55.

CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIAN (1991) INC. (TRUSTEE OF), 865.

MUNICIPAL LAW

By-laws — Validity — Official development plan by-law restricting how designated land earlier granted to railway company may be used — Whether by-law beyond statutory powers of municipality — If not, whether municipality must compensate railway company — Whether by-law should be set aside for procedural irregularities — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, c. 55, ss. 2, 561, 562, 563, 569.

CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v. VANCOUVER (CITY), 227.

NARCOTICS

Possession for purpose of trafficking — Constructive possession.

R. v. PHAM, 940.

PENSIONS

Pension plan — Trust — Termination — Pension plan indicating that trust surplus to be distributed amongst remaining pension plan members in event of termination — Pension plan and trust agreement not providing for termination of trust by pension plan members — Whether members can rely on rule in Saunders v. Vautier to terminate trust — Whether recourse available to members under federal pension benefits standards legislation — Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C. 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 29(2), (11).

BUSCHAU v. ROGERS COMMUNICATIONS INC., 973.

POLICE

Royal Canadian Mounted Police — Civilian staff — Police services agreements with municipalities — Civilian staff

POLICE — (Concluded)

appointed or employed by municipalities under agreements not required to be federal public servants — Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10, ss. 10, 20.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA v. CANADA, 1027.

PROVINCIAL OFFENCES

1. Defences — Officially induced error — Putting motor vehicle back into operation without having paid required registration fees — Accused claiming to have been misled by erroneous information obtained from official regarding procedure for paying fees relating to registration — Whether defence of officially induced error available in Canadian criminal law — If so, whether accused establishing that conditions under which this defence available have been met.

LÉVIS (CITY) v. TÉTREAULT; LÉVIS (CITY) v. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

2. Highway safety — Nature of offences — Strict or absolute liability — Putting motor vehicle back into operation without having paid required registration fees — Operating motor vehicle without having paid fees to renew driver's licence — Whether ss. 31.1 and 93.1 of Highway Safety Code create strict liability offences — If so, whether defence of due diligence made out — Highway Safety Code, R.S.Q., c. C-24.2, ss. 31.1, 93.1.

LÉVIS (CITY) v. TÉTREAULT; LÉVIS (CITY) v. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

STATUTES

1. Interpretation — Guidelines — Guidelines adopted to clarify interpretation of statute — Nature of relationship between guidelines and statute — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11 — Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, s. 10.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD., 3.

2. Interpretation — Taxation legislation — Administrative practices — Presumption against tautology — Meaning of definition of "hedging" in mining tax legislation — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

PLACER DOME CANADA LTD. v. ONTARIO (MINISTER OF FINANCE), 715.

TAXATION

Mining tax — Hedging — Whether definition of "hedging" in mining tax legislation restricted to transactions that result in delivery of output of mine — Mining Tax Act, R.S.O. 1990, c. M.15, s. 1(1) "hedging".

PLACER DOME CANADA LTD. v. ONTARIO (MINISTER OF FINANCE), 715.

TORTS

1. Negligence — Duty of care — University professors — Report of suspected ill-treatment of children — Student of social work submitting as an appendix attached to term paper an unattributed first person account of woman sexually abusing children — Professor speculating that account autobiographical but not seeking explanation from student — Professor taking her concerns to Director who, without inquiring further, sent report to Child Protection Services — Student red-flagged as potential child abuser — Investigation by Child Protection Services two years later quickly determining that student's account had been copied from textbook and suspicion baseless — Student bringing action in negligence against professor, Director and University — Whether all elements of tort of negligence established — Whether action barred by child welfare legislation, which protects informants who report child abuse unless report is done "maliciously or without reasonable cause" — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, s. 38(1), (6).

YOUNG v. BELLA, 108.

2. Duty of care — Social host liability — Accident caused by guest driving his car after leaving party intoxicated — Whether social host owes duty of care to third parties who may be injured by intoxicated guest.

CHILDS v. DESORMEAUX, 643.

TRANSPORTATION LAW

Airports — Seizure and detention of aircraft — Airlines operating fleets of aircraft under leasing agreements with legal titleholders — Airlines, registered owners of aircraft, incurring charges for civil air navigation and airport services — Service providers applying to superior court judge for authorization, pursuant to s. 9 of Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act and s. 56 of Civil Air Navigation Services Commercialization Act, to seize and detain aircraft operated by airlines for unpaid charges incurred prior to airlines' bankruptcies — Whether titleholders' right to repossess leased aircraft should take priority over service providers' seize and detain orders

TRANSPORTATION LAW — (Concluded)

— Whether titleholders liable to service providers for unpaid charges — Whether seize and detain orders can be exercised against security posted by titleholders in substitution for aircraft — Whether lessors of engines attached to detained aircraft entitled to repossess engines — Airport Transfer (Miscellaneous Matters) Act, S.C. 1992, c. 5, s. 9 — Civil Air Navigation Services Commercialization Act, S.C. 1996, c. 20, ss. 55, 56.

CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIAN (1991) INC. (TRUSTEE OF), 865.

INDEX

ACCÈS À L'INFORMATION

Exceptions — Renseignements personnels — Renseignements concernant un tiers — Révision par la Cour fédérale — Tiers exerçant un recours fondé sur l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de faire réviser la décision d'une institution fédérale de communiquer un document — Le tiers peut-il invoquer l'exception des renseignements personnels lors d'une révision fondée sur l'art. 44? — Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 19, 20(1), 44.

CIE H.J. HEINZ DU CANADA LTÉE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 441.

ASSURANCES

1. Assurance responsabilité civile générale — Étendue de la garantie — Le contrat d'assurance équivaut-il à une police basée sur la présentation d'une réclamation? — Signification du terme « réclamation » employé dans la police.

JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA C. CIE D'ASSURANCE GUARDIAN DU CANADA, 744.

2. Obligation de défendre de l'assureur — Assurance responsabilité civile générale — Pensionnat autochtone dirigé et administré par un ordre religieux — Police souscrite par l'ordre applicable aux erreurs et aux omissions liées à la prestation de services professionnels — Stipulation selon laquelle la garantie ne s'applique qu'aux « réclamations présentées pour la première fois contre l'assuré au cours de la période d'assurance » — Réclamation d'un ancien pensionnaire amenant l'assuré à informer l'assureur d'abus physiques et sexuels commis au pensionnat et à lui donner avis, pendant la période d'assurance, de réclamations similaires possibles de la part d'autres anciens pensionnaires — L'assureur doit-il défendre l'assuré uniquement contre les réclamations « présentées pour la première fois » avant l'expiration de la police? — L'assureur avait-il l'obligation, suivant la police, de défendre l'assuré dans le cadre d'actions intentées relativement à des réclamations dont il avait été informé de la présentation éventuelle pendant la période d'assurance?

JESUIT FATHERS OF UPPER CANADA C. CIE D'ASSURANCE GUARDIAN DU CANADA, 744.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Dommages-intérêts accordés par un jury — La preuve étaye-t-elle les dommages-intérêts accordés par le jury?

YOUNG C. BELLA, 108.

2. Dommages-intérêts non pécuniaires — Jury accordant des dommages-intérêts non pécuniaires de 430 000 $ dans une affaire de négligence — Y a-t-il lieu d'annuler les dommages-intérêts accordés par le jury? — Y a-t-il lieu d'appliquer un plafond à l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires dans d'autres contextes que celui des blessures corporelles catastrophiques?

YOUNG C. BELLA, 108.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Alberta Energy and Utilities Board — Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme concernant son pouvoir d'attribuer aux clients le produit de la vente des biens d'un service public — Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme d'exercer son pouvoir discrétionnaire en attribuant le produit de la vente — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. C. ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD), 140.

2. Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Compétence — Doctrine de la compétence par déduction nécessaire — Demande présentée à l'Alberta Energy and Utilities Board par un service public de gaz naturel pour obtenir l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain ne servant plus à la fourniture de gaz naturel — Autorisation accordée à la condition qu'une partie du produit de la vente soit attribuée aux clients du service public — L'organisme avait-il le pouvoir exprès ou tacite d'attribuer le produit de la vente? — Dans l'affirmative, sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en attribuant aux clients une partie du produit de la vente était-elle raisonnable? — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000,

DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

ATCO GAS AND PIPELINES LTD. C. ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD), 140.

3. Contrôle judiciaire — Conformité d'une décision administrative aux exigences de la Charte canadienne des droits et libertés — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école – Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'élève? — Approche appropriée pour réviser cette décision — Rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel.

MULTANI C. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

4. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions relatives aux droits de la personne — Législation interdisant au Tribunal de l'aide sociale d'examiner la constitutionnalité des lois et règlements — Un tribunal administratif a-t-il compétence pour examiner les lois relatives aux droits de la personne au moment de rendre ses décisions? — Dans l'affirmative, le tribunal administratif devrait-il décliner compétence dans les présentes affaires en faveur d'une juridiction plus appropriée? — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 47(2) — Loi de 1997 sur le Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées, L.O. 1997, ch. 25, ann. B, art. 5(2) — Loi de 1997 sur le programme Ontario au travail, L.O. 1997, ch. 25, ann. A, art. 67(2).

TRANCHEMONTAGNE C. ONTARIO (DIRECTEUR DU PROGRAMME ONTARIEN DE SOUTIEN AUX PERSONNES HANDICAPÉES), 513.

5. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission des oppositions des marques de commerce de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada — Rejet par la Commission de l'opposition à l'enregistrement de la marque de commerce — Norme applicable à la décision de la Commission.

MATTEL, INC. C. 3894207 CANADA INC., 772.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté de religion — Port du kirpan à l'école — Conseil des commissaires d'une commission scolaire interdisant à un élève de religion sikhe de porter le kirpan à l'école — Cette décision porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

MULTANI C. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

2. Charte des droits — Limite raisonnable — Règle de droit — Décision administrative — Atteinte à un droit garanti découlant d'une décision d'un organisme administratif agissant conformément à sa loi habilitante — Cette atteinte est-elle une restriction par une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

MULTANI C. COMMISSION SCOLAIRE MARGUERITE-BOURGEOYS, 256.

3. Charte des droits — Détention arbitraire — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion d'éléments de preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 10b), 24(2).

R. C. CHAISSON, 415.

4. Charte des droits — Double péril — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'imposition d'un tel prélèvement équivaut-elle à une « peine » au sens des art. 11h) et 11i) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R. C. RODGERS, 554.

5. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Garanties légales ne permettant l'utilisation de la banque de données génétiques qu'à des fins d'identification — Le prélèvement sur les catégories de condamnés désignées d'échantillons d'ADN destinés à la banque est-il abusif? — Les dispositions relatives à la banque de données génétiques établissent-elles un juste équilibre entre l'intérêt qu'a la société à ce que soient dûment identifiées les personnes déclarées coupables d'infractions graves et le droit du particulier à l'intégrité physique et à la communication à son gré de renseignements le concernant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R. C. RODGERS, 554.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Équité procédurale — Audition ex parte — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — L'audition ex parte de la demande satisfait-elle aux impératifs constitutionnels minimaux d'équité procédurale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R. C. RODGERS, 554.

DROIT CRIMINEL

1. Troubles mentaux — Décisions de la commission d'examen — Modalités des décisions — Code criminel prévoyant que les commissions d'examen peuvent rendre des décisions portant que l'accusé non responsable criminellement soit détenu dans un hôpital sous réserve de modalités — Étendue du pouvoir de la commission — La commission a-t-elle le pouvoir de rendre des décisions liant des parties autres que l'accusé, notamment les autorités de l'hôpital? — Le cas échéant, la commission peut-elle imposer des modalités reliées au traitement médical de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 672.54.

MAZZEI C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (DIRECTEUR DES ADULT FORENSIC PSYCHIATRIC SERVICES), 326.

2. Moyens de défense — Automatisme avec troubles mentaux — Défense à juste titre non soumise au jury.

R. C. HOTTE, 379.

3. Procès — Directives au jury — Harcèlement criminel — Mens rea — Directives du juge du procès appropriées quant à l'impact de la maladie dépressive de l'accusé sur la question de son intention de harceler la victime lors de l'homicide.

R. C. HOTTE, 379.

4. Procès — Directives au jury — Témoignage d'expert — Résumé par le juge du procès du témoignage d'un expert — Résumé partiellement erroné mais n'ayant pas dénaturé le témoignage de l'expert.

R. C. HOTTE, 379.

5. Appels — Verdict déraisonnable — Plusieurs accusés inculpés de la même infraction — Jury déclarant coupable un accusé mais acquittant deux coaccusés — Le verdict du jury déclarant l'accusé coupable est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. C. PITTIMAN, 381.

6. Produits de la criminalité — Confiscation — Amende en remplacement d'une ordonnance de confiscation de biens qui constituent des produits de la criminalité — La capacité de payer d'un accusé est-elle un facteur dont le tribunal peut tenir compte lorsqu'il décide d'infliger l'amende de remplacement ou lorsqu'il en fixe le montant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 462.37.

R. C. LAVIGNE, 392.

7. Appels — Conclusions de fait — Cour d'appel annulant l'acquittement de l'accusé et le remplaçant par une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a-t-elle substitué d'une façon qui ne saurait être permise ses propres conclusions de fait à celles du juge du procès?

R. C. CHAISSON, 415.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

8. Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Éléments constitutifs et conditions d'ouverture de la défense.

LÉVIS (VILLE) C. TÉTREAULT; LÉVIS (VILLE) C. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

9. Analyse génétique — Contrevenants purgeant une peine — Disposition du Code criminel prévoyant qu'un juge d'une cour provinciale peut, sur demande ex parte, autoriser le prélèvement d'échantillons d'ADN sur trois catégories de condamnés — Le juge a-t-il perdu compétence en entendant la demande ex parte sans que n'ait été établie la nécessité de procéder ainsi? — Y a-t-il lieu de faire droit à la requête en certiorari du contrevenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055.

R. C. RODGERS, 554.

10. Appels — Appel du ministère public à l'encontre du verdict d'acquittement — Le ministère public s'est-il acquitté du fardeau qui lui incombait en vue d'obtenir que le verdict du jury soit annulé et qu'un nouveau procès soit ordonné? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. GRAVELINE, 609.

11. Procès — Jugements — Motifs — Déclaration de culpabilité d'agression sexuelle annulée en Cour d'appel pour insuffisance des motifs — Les motifs de la juge du procès se prêtaient-ils suffisamment à l'examen en appel?

R. C. GAGNON, 621.

12. Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Adolescent ayant plaidé coupable à une infraction d'homicide involontaire condamné à une peine conformément à l'art. 42(2)o) de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents — L'article 42(2)o) oblige-t-il le juge chargé de la détermination de la peine à infliger une peine dont au moins les deux tiers devront être purgés sous garde, et l'autre tiers sous surveillance au sein de la collectivité? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 42(2)o).

R. C. B.W.P.; R. C. B.V.N., 941.

13. Adolescents — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — La dissuasion générale doit-elle être prise en considération dans la détermination de la peine à infliger à un adolescent en vertu de la Loi sur le système de justice pénale des adolescents? — Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 38.

R. C. B.W.P.; R. C. B.V.N., 941.

DROIT DE LA FAMILLE

Divorce — Pension alimentaire pour le conjoint — Pertinence des fautes de l'époux — Liaison du mari ayant causé l'effondrement émotionnel de l'épouse — Incapacité de cette dernière d'acquérir son indépendance — La Cour d'appel a-t-elle eu tort de tenir compte des fautes de l'époux pour décider du droit à une pension alimentaire? — Pouvait-elle tenir compte de l'actif immobilisé acquis après la rupture du mariage pour évaluer la capacité du mari de payer une pension alimentaire? — L'objectif de l'indépendance se double-t-il d'une obligation de l'acquérir? — Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15.2.

LESKUN C. LESKUN, 920.

DROIT DES TRANSPORTS

Aéroports — Saisie et rétention d'aéronefs — Transporteurs aériens exploitant leur flotte d'aéronefs en vertu de conventions de bail conclues avec les propriétaires en titre — Redevances pour les services d'aéroports et de navigation aérienne civile imposées aux transporteurs aériens propriétaires enregistrés des aéronefs — Fournisseurs de services demandant à un juge d'une cour supérieure, en vertu de l'art. 9 de la Loi relative aux cessions d'aéroports et de l'art. 56 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, l'autorisation de saisir et de retenir les aéronefs utilisés par les transporteurs aériens pour recouvrer les redevances en souffrance imposées avant la faillite des transporteurs aériens — Le droit des propriétaires en titre de reprendre possession de leurs aéronefs loués a-t-il préséance sur les ordonnances de saisie et de rétention accordées aux fournisseurs de services? — Les propriétaires en titre sont-ils tenus au paiement des redevances dues aux fournisseurs de services? — Les ordonnances de saisie et de rétention peuvent-elles être exécutées sur les sûretés remises par les propriétaires en titre et substituées aux aéronefs? — Les locateurs de moteurs installés dans les aéronefs saisis ont-ils droit de reprendre possession de leurs moteurs? — Loi relative aux cessions d'aéroports, L.C. 1992, ch. 5, art. 9 — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55, 56.

CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIEN (1991) INC. (SYNDIC DE), 865.

DROIT FISCAL

Impôt sur l'exploitation minière — Couverture — La définition du terme « couverture », figurant dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière, vise-t-elle uniquement les opérations donnant lieu à la livraison de la production d'une mine? — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

PLACER DOME CANADA LTD. C. ONTARIO (MINISTRE DES FINANCES), 715.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Validité — Règlement sur le plan d'aménagement officiel imposant des restrictions à l'utilisation du territoire désigné qui avait été cédé à une compagnie de chemin de fer — Le règlement excède-t-il les pouvoirs légaux de la municipalité? — Dans la négative, la municipalité doit-elle indemniser la compagnie de chemin de fer? — Le règlement devrait-il être annulé pour irrégularités de procédure? — Vancouver Charter, S.B.C. 1953, ch. 55, art. 2, 561, 562, 563, 569.

CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE C. VANCOUVER (VILLE), 227.

DROITS DE LA PERSONNE

Pratiques discriminatoires — Parité salariale — Définition de « établissement » — Selon la législation canadienne sur les droits de la personne, constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même « établissement », des fonctions équivalentes — Les agents de bord, les pilotes et les mécaniciens de la compagnie aérienne appartiennent-ils au même établissement pour les comparaisons salariales? — Les employés sont-ils visés par la même politique en matière de personnel et de salaires? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE, 3.

INFRACTIONS PROVINCIALES

1. Moyens de défense — Erreur provoquée par une personne en autorité — Mise en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Accusée prétendant avoir été victime de l'information erronée qu'elle aurait reçue d'un fonctionnaire au sujet de la

INFRACTIONS PROVINCIALES — (Fin)

procédure de paiement des droits relatifs à l'immatriculation — La défense d'erreur provoquée par une personne en autorité est-elle recevable en droit pénal canadien? — Dans l'affirmative, l'accusée a-t-elle démontré que les conditions d'application de cette défense ont été remplies?

LÉVIS (VILLE) C. TÉTREAULT; LÉVIS (VILLE) C. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

2. Sécurité routière — Nature des infractions — Responsabilité stricte ou absolue — Mise en circulation d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits d'immatriculation exigés — Conduite d'un véhicule automobile sans avoir payé les droits de renouvellement du permis de conduire — Les articles 31.1 et 93.1 du Code de la sécurité routière créent-ils des infractions de responsabilité stricte? — Dans l'affirmative, la défense de diligence raisonnable a-t-elle été établie? — Code de la sécurité routière, L.R.Q., ch. C-24.2, art. 31.1, 93.1.

LÉVIS (VILLE) C. TÉTREAULT; LÉVIS (VILLE) C. 2629-4470 QUÉBEC INC., 420.

LÉGISLATION

1. Interprétation — Interprétation contextuelle — Propriétaire d'aéronefs — Le mot « propriétaire » à l'art. 55 de la Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile englobe-t-il les propriétaires en titre des aéronefs? — Loi sur la commercialisation des services de navigation aérienne civile, L.C. 1996, ch. 20, art. 55.

CANADA 3000 INC. (RE); INTER-CANADIEN (1991) INC. (SYNDIC DE), 865.

2. Interprétation — Loi fiscale — Pratiques administratives — Présomption d'absence de tautologie — Sens de la définition du terme « couverture » dans une loi de l'impôt sur l'exploitation minière — Loi de l'impôt sur l'exploitation minière, L.R.O. 1990, ch. M.15, art. 1(1) « couverture ».

PLACER DOME CANADA LTD. C. ONTARIO (MINISTRE DES FINANCES), 715.

3. Interprétation — Ordonnances — Adoption de l'Ordonnance pour apporter des éclaircissements quant à l'interprétation de la loi — Nature de la relation entre les ordonnances et la loi — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 11 — Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 10.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. LIGNES AÉRIENNES CANADIEN INTERNATIONAL LTÉE, 3.

PENSIONS

Régime de retraite — Fiducie — Cessation — Régime de retraite indiquant que, en cas de cessation, le surplus de la fiducie sera réparti entre les participants au régime de retraite restants — Régime de retraite et convention de fiducie ne prévoyant pas que les participants au régime de retraite peuvent mettre fin à la fiducie — Les participants peuvent-ils invoquer la règle de Saunders c. Vautier pour mettre fin à la fiducie? — Ont-ils un recours en vertu de la loi fédérale sur les normes de prestation de pension? — Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. 1985, ch. 32 (2e suppl.), art. 29(2), (11).

BUSCHAU C. ROGERS COMMUNICATIONS INC., 973.

POLICE

Gendarmerie royale du Canada — Personnel civil — Ententes sur les services de police conclues avec des municipalités — Membres du personnel civil nommé ou employé par une municipalité en application d'une entente non tenus d'être des fonctionnaires fédéraux — Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, ch. R-10, art. 10, 20.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA, 1027.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

1. Marques de commerce — Confusion — Dépréciation de l'achalandage — Propriétaire de la marque de commerce VEUVE CLICQUOT bien connue pour le vin et le champagne voulant empêcher un petit groupe de boutiques de vêtements pour dames d'utiliser la marque déposée CLIQUOT — L'utilisation du nom CLIQUOT en liaison avec une boutique de vêtements pour dames est-elle susceptible de créer de la confusion sur le marché avec la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Pareille utilisation est-elle susceptible de faire diminuer la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce VEUVE CLICQUOT? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6, 20, 22.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN C. BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE, 824.

2. Marques de commerce — Confusion — Restaurateur demandant l'enregistrement de la marque de commerce « Barbie's » en liaison avec une petite chaîne de restaurants — Opposition à l'enregistrement par le fabricant des poupées BARBIE — L'emploi du nom « Barbie's » en liaison avec des restaurants est-elle susceptible de créer de la confusion sur le

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE — (Fin)

marché avec la marque de commerce BARBIE? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6.

MATTEL, INC. c. 3894207 CANADA INC., 772.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Conventions collectives — Régime de retraite — Compétence de l'arbitre de griefs — Conventions collectives renvoyant expressément au régime de retraite créé par l'université — Requête en autorisation de recours collectif déposée en Cour supérieure par un salarié syndiqué en désaccord avec les décisions de l'université concernant l'administration et l'utilisation de la caisse de retraite — Majorité des membres visés par le recours collectif liée par l'une ou l'autre des conventions collectives conclues entre l'université et les syndicats — Ce litige relatif au régime de retraite relève-t-il de la compétence de la Cour supérieure ou de celle de l'arbitre de griefs?

BISAILLON c. UNIVERSITÉ CONCORDIA, 666.

2. Griefs — Compétence de l'arbitre — Délai de congé — Incorporation des règles de droit commun dans la convention collective — Employés syndiqués mis à pied à la suite d'une fermeture d'entreprise — Avis de cessation d'emploi respectant les normes minimales de travail prévues par la loi — Griefs réclamant une indemnité de départ additionnelle fondée sur le droit commun — Les arbitres ont-ils compétence pour déterminer si les préavis donnés satisfont aux exigences du Code civil du Québec? — Le délai de congé prévu à l'art. 2091 du Code civil du Québec s'applique-t-il au régime collectif du travail? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2091, 2092.

ISIDORE GARON LTÉE c. TREMBLAY; FILLION ET FRÈRES (1976) INC. c. SYNDICAT NATIONAL DES EMPLOYÉS DE GARAGE DU QUÉBEC INC., 27.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Obligation de diligence — Professeurs d'université — Signalement de cas de maltraitance soupçonnée d'enfants — Étudiante en service social annexant à un travail écrit un récit anonyme dans lequel une femme s'exprimant à la première personne relate des agressions sexuelles d'enfants — Professeure supposant que le récit est autobiographique, mais ne demandant aucune explication à l'étudiante — Professeure faisant part de ses inquiétudes au directeur qui, sans poser d'autres questions, effectue un signalement au service de protection de l'enfance — Étudiante signalée comme étant un agresseur d'enfant potentiel — Enquête du service de protection de l'enfance, menée deux ans plus tard, permettant de constater rapidement que le récit de l'étudiante est tiré d'un manuel et que les soupçons sont dépourvus de fondement — Étudiante intentant une action pour négligence contre la professeure, le directeur et l'Université — A-t-on établi l'existence de tous les éléments du délit de négligence? — L'action est-elle irrecevable en vertu de la loi sur le bien-être de l'enfance, qui protège les personnes qui signalent des cas de violence envers un enfant, sauf si le signalement est effectué « de façon malveillante ou sans raison valable »? — Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 38(1), (6).

YOUNG c. BELLA, 108.

2. Obligation de diligence — Responsabilité de l'hôte social — Accident causé par un invité ivre conduisant son véhicule en quittant les lieux d'une soirée — L'hôte social a-t-il une obligation de diligence envers les tiers qui peuvent être blessés par un invité ivre?

CHILDS c. DESORMEAUX, 643.

STUPÉFIANTS

Possession en vue d'en faire le trafic — Possession imputée.

R. c. PHAM, 940.